

Expediente Núm. 45/2016
Dictamen Núm. 47/2016

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 25 de febrero de 2016, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 4 de febrero de 2016 -registrada de entrada el día 11 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de suministro de productos sanitarios con destino a centros dependientes del Servicio de Salud del Principado de Asturias, en lo que se refiere a los lotes 10 y 11 (salvacamas).

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Resolución de la Directora de Gestión Económico-Financiera de 23 de marzo de 2015, se adjudica a la empresa el contrato de suministro de “productos sanitarios (...) con destino a centros dependientes del Servicio de Salud del Principado de Asturias”.

El contrato deriva del Acuerdo Marco AM-2013/161, formalizado por el Director del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria para la selección de

suministradores de productos sanitarios para varias Comunidades Autónomas y organismos de la Administración del Estado, entre las que se encuentra la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias. Entre las empresas seleccionadas figura la adjudicataria de los lotes 10, "salvacamas celulosa 40 x 60 cm desechable", y 11, "salvacamas celulosa 60 x 90 cm desechable".

El día 30 de abril de 2015 se formaliza el contrato en documento administrativo.

2. Obran incorporados al expediente, entre otros documentos, el resguardo del depósito en la Tesorería Delegada del Servicio de Salud del Principado de Asturias de la garantía definitiva, por importe de 6.234,10 euros, y el pliego de cláusulas administrativas particulares por el que se rige la contratación. El apartado 5.1 de las mismas establece que "el acuerdo marco y los contratos derivados del mismo se extinguirán por su cumplimiento o por resolución", precisando a continuación, en el apartado 5.2, que "serán causas de resolución las consignadas en los artículos 223 y 299 del TRLCSP, en cuya aplicación se estará a lo previsto en el 224. La resolución del contrato llevará consigo los efectos previstos en los artículos 225 y 300 del citado texto legal". El apartado 5.4 del mismo dispone que, "en todo caso, cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será, en su caso, incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración contratante los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada".

3. Igualmente, consta en aquel la Resolución del Director Gerente del Servicio de Salud del Principado de Asturias de 12 de mayo de 2015, por la que se convalidan los actos dictados por el Director de Gestión Económico-Financiera actuando como órgano de contratación en los expedientes promovidos por la Comisión Central de Compras que se relacionan.

En ella se expone que "por la Dirección de Gestión Económico Financiera del Servicio de Salud del Principado de Asturias (...) se solicitó

informe al Servicio Jurídico de dicho organismo sobre el órgano de contratación competente en relación con los expedientes de contratación que tienen por objeto la adquisición centralizada de suministros con destino a otras áreas sanitarias (...). Dicho informe fue solicitado como consecuencia de las conclusiones del informe de control financiero permanente formulado con ocasión de la tramitación del expediente de `suministro de productos sanitarios (guantes) con destino a centros sanitarios y SAMU del Servicio de Salud´, en el que se planteaba la controversia de cuál es el órgano de contratación competente en los expedientes promovidos desde la Comisión Central de Compras y que tiene por objeto el suministro de bienes destinados a las Áreas Sanitarias y, en su caso, la necesidad de modificar la Resolución de 3 de agosto de 2012 de la Dirección Gerencia, por la que se delega el ejercicio de atribuciones y la firma de resoluciones y actos administrativos en los órganos del Servicio de Salud del Principado de Asturias”. Transcribe a continuación el informe emitido por el Servicio Jurídico del Servicio de Salud del Principado de Asturias al respecto, de 28 de abril de 2015, en el que se afirma que “para el caso de los expedientes de contratación que tienen por objeto la adquisición centralizada de suministros a favor de otras Áreas sanitarias, y toda vez que la Resolución de delegación de atribuciones del Servicio de Salud no regula en ningún momento qué órgano tiene atribuidas las competencias de tramitación de los expedientes promovidos por la Comisión Central de Compras, ha de entenderse que estas competencias corresponden al titular de la Dirección Gerencia en cuanto órgano de contratación del Servicio de Salud”. Se concluye que, “en tanto no se prevea expresamente la delegación de competencias en relación con la tramitación de los expedientes de contratación centralizada, por la Dirección Gerencia del Servicio de Salud se podrá -puntualmente y para la concreta licitación que se menciona- delegar en el titular de la Dirección de Gestión Económico-Financiera las competencias en materia de autorización de gasto y contratación, de conformidad con lo estipulado en el artículo 16 de la Ley

2/1995, de 13 de marzo, sobre Régimen Jurídico de la Administración del Principado de Asturias, y previa autorización del Consejo de Administración”.

Entre los expedientes “promovidos por la Comisión Central de Compras” en los que “ha actuado como órgano de contratación la Dirección de Gestión Económico-Financiera” se encuentra el afectado por el presente procedimiento de resolución, por lo que se procede por la Dirección Gerencia del Servicio de Salud del Principado de Asturias, “en cuanto titular del órgano de contratación”, a convalidar todos los actos dictados por la Dirección de Gestión Económico-Financiera en relación con el mismo.

4. Con fecha 16 de octubre de 2015, una apoderada de la empresa adjudicataria remite un escrito al Director de Gestión del Servicio de Salud del Principado de Asturias. En él alude a una “conversación sostenida” el día anterior entre ambos y “reitera una vez más, apoyándose en los resultados de test realizados por un laboratorio español certificado ISO 11948-1: 1996 (en anexo), que los productos que ella suministra al Principado de Asturias y que son objeto del Acuerdo Marco 2013/161 y de la Resolución de adjudicación (...) del 13 de abril de 2015, es decir, la referencia MSC281250C (salvacamas 40 x 60 cm, seleccionada para el lote 10) y MSC281242C (salvacamas 90 x 60 cm, seleccionada para el lote 11) cumplen con los requisitos técnicos estipulados en el pliego de cláusulas administrativas particulares de dicho Acuerdo Marco y de la adjudicación”.

La empresa “niega categóricamente toda alegación de cumplimiento defectuoso de la prestación por su parte que pudiera ser constitutivo de una violación de sus obligaciones contractuales esenciales y motivara la imposición de las sanciones previstas en el pliego y/o la legislación pertinente”, y “señala que los ‘otros criterios técnicos’ contenidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares del Acuerdo Marco para los lotes 10 y 11 no son aplicables al producto ‘salvacamas’. Constituye un error material de nuestra parte el haber afirmado que nuestras referencias respetaban esos criterios, pero no una voluntad de defraudar a las autoridades. El resultado de la

adjudicación hubiese sido idéntico incluso sin tener en cuenta dichos criterios, ya que nuestra oferta económica estaba por encima de 40 puntos mejor posicionada que el competidor inmediato./ No obstante lo anterior”, la empresa declara estar “dispuesta a acogerse a los términos del artículo 5.5 del Acuerdo Marco, que prevé la resolución de común acuerdo (es decir, sin incumplimiento culpable del contratista) del contrato derivado. De este modo, las autoridades del Principado de Asturias recobrarían la libertad de aprovisionarse con un proveedor diferente o con otro producto” de la misma empresa, pues, reseña que, “si bien los productos suministrados actualmente respetan los requisitos del Acuerdo Marco”, la compañía “cuenta también con alternativas de calidad superior en su línea de empapadores, como por ejemplo los protectores” que especifica, “que sus establecimientos podrían ordenar por fuera del Acuerdo Marco y de la adjudicación, si (...) así lo deseara”.

Lamenta no poder acceder a su petición “de suministrar referencias de calidad superior al mismo precio que el acordado en el contrato derivado del Acuerdo Marco. Naturalmente, llegado el caso (...), queda a su disposición para formalizar por escrito las condiciones de la resolución del contrato derivado y/o el aprovisionamiento con un producto de mayor calidad de acuerdo con nuevas condiciones”.

5. El día 26 de octubre de 2015, la Coordinadora Técnica de Contratación suscribe un “informe técnico de incidencias y disconformidades con la adjudicación de salvacamás, lotes 10 y 11 del contrato derivado del Acuerdo Marco (...) AM 2013/161, con destino a todos los centros sanitarios del Servicio de Salud del Principado de Asturias”. En él indica que “con la adjudicación (...) de los salvacamás tenemos un problema por la baja calidad”, y pone de manifiesto lo siguiente en relación con la “ficha técnica del producto” según el pliego de prescripciones técnicas: “capa externa de polímero o similar impermeable. `No es impermeable´ (...). La capa media (de) pulpa debe (...) estar repartida homogéneamente. `No está homogéneamente, ya que

presenta claros y distribución irregular´ (...). Capa interior de tejido filtrante e hidrófugo para impedir el regreso de la humedad a la superficie. `No es hidrófugo, encharca´ (...). Sellado por todos los lados para que no traspase. `Despega con facilidad y permite fugas´ (...). Capacidad mínima 400 ml. `Con esta capacidad encharca y cala´”.

Subraya que en “la documentación aportada” por la empresa “para participar en el contrato (...) figura un procedimiento de inspección del salvacamas, en el apartado:/ 12.0 Defectos visuales inaceptables:/ 12.4. Núcleo distribuido irregularmente./ 12.14. Toda la superficie del protector (debe) tener un relieve. `No tiene distribución uniforme´./ 15.3.1. El agua debería absorberse de inmediato, no debe formar charco (...) (lo forma)./ 15.3.4. No deben (...) producirse fugas a la mesa (...) (gotea)./ 15.4.2. El sellado abre con facilidad./ 15.4.3. Se rasga con estirar levemente en cualquier dirección”.

Por último, y en relación con “los criterios técnicos de adjudicación, valorados a partir de la documentación adjuntada por la empresa y sin haber solicitado muestras, ya que había sido seleccionada en el Acuerdo Marco” por el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, y a raíz de las innumerables quejas, reclamaciones, etc.”, se comprueban una serie de parámetros. En el de “absorción” figuran las cifras de 450 ml para el lote 10 y 750 ml para el lote 11, reflejándose al lado las correspondientes a un “laboratorio externo” -467 ml y 936 ml, respectivamente-. Enumera otros criterios técnicos -“núcleo romboidal (...), integridad del núcleo (...), barreras antiescape (...), neutralizante de olor (...), dermoprotector incorporado (...), indicador de humedad”-, señalando para cada una de ellas “sí” y “no”, y finalmente precisa, sobre “la dermoprotección”, que se encuentra “pendiente del envío (...) de informes dermatológicos de problemas por fricción producidos desde la utilización de estos salvacamas”.

Concluye que “desde el punto de vista técnico” el producto no cumple “los criterios exigidos”.

6. Figuran a continuación diversos escritos e informes emitidos por diferentes profesionales de las Áreas Sanitarias I, II, III IV, V, VI y VIII del Principado de Asturias en los que se constata la existencia de deficiencias en el material suministrado.

Así, se alude a la "rigidez (...), escasa absorción y (...) facilidad para la rotura", lo que implica "un riesgo de pérdida de integridad cutánea del paciente, al no proteger frente a la humedad, dificultar la ventilación de la piel y el aumento de rugosidades que se produce con el deterioro del salvacamas" (informe de la Supervisora de Hospitalización-RRMM del Área Sanitaria I-Jarrio, de 14 de octubre de 2015) y a la necesidad de "cambiar más a menudo los salvacamas aumentando las cargas asistenciales y la incomodidad de los pacientes" (correo electrónico remitido por la Directora de Gestión de Cuidados y Enfermería del Área Sanitaria II el 29 de septiembre de 2015). Por su parte, en el informe emitido el 10 julio de 2015 por la Supervisora de la Unidad de Recursos Materiales de Enfermería del Hospital Universitario Central de Asturias se indica que, "después de haber dado un margen de tiempo para ver si las mejoras introducidas (...), como se indica en correo de fecha 16 de junio eran efectivas", se continúan "recibiendo (...) numerosas quejas de las diferentes Unidades" de hospitalización "sobre la calidad del artículo", que se califica de "ínfima, destacando" como aspectos negativos la "baja absorción" y la rotura "con suma facilidad", lo que "origina una serie de importantes problemas al paciente", reiterando que la situación "genera un sustancial incremento del consumo de ropa de cama y de paciente, un importante aumento del gasto, además (del) consiguiente aumento de la carga de trabajo de los profesionales". Constan, asimismo, dos informes emitidos por la Supervisora del Área de Formación y RRMM del Área Sanitaria V con fechas 8 de junio y 30 de septiembre de 2015, en los que se menciona la existencia de "innumerables quejas de las Unidades y Servicios del hospital (...) desde el primer día de consumo", así como "algún caso documentado de deterioro de la piel directamente relacionado con el uso de estos empapadores".

7. Con fecha 27 de noviembre de 2015, la Coordinadora Técnica de Contratación emite un informe técnico complementario de incidencias y disconformidades con la adjudicación de salvacamias, lotes 10 y 11. En él se señala que “los criterios que se valoran (...) son los mismos que utilizó” el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria “para resolver el acuerdo marco”, y que la empresa “resulta” adjudicataria de los dos lotes porque “las fichas técnicas del producto, así como el certificado de laboratorio externo para el apartado de absorción, cumplían todos los requisitos, y no se habían valorado las muestras del producto al estar valorado previamente en el Acuerdo Marco”.

Afirma que la empresa “considera que cumple las cláusulas administrativas amparándose en un certificado de laboratorio externo que solamente certifica el grado de absorción, y el resto de criterios técnicos, de los cuales ellos son concedores por estar publicado en las cláusulas del expediente, no cumple ninguno”, alegando que “fue error material de su parte el haber afirmado que su referencia respetaba esos criterios”. Recuerda que “los criterios que, junto con la absorción, certificaron que cumplían” y que “se puntuaron para la adjudicación fueron:/ integridad del núcleo (...), barreras antiescape (...), neutralizante de olor (...), dermoprotección incorporada (...), indicador de humedad”. Señala que, “además” de estos criterios, la empresa indicaba que había “implantado un procedimiento de inspección de protectores absorbentes desechables para definir la garantía de calidad de todos los protectores absorbentes, y si no cumplen sus exigencias los desecharán, dentro del apartado 12.0, Defectos visuales inaceptables-NCA1,0”, enumerando a continuación los siguientes: “12.3. El núcleo absorbente está descentrado (nosotros observamos que no tiene núcleo absorbente)./ 12.4. Relleno/núcleo distribuido irregularmente, todas las zonas visibles deberían estar cubiertas por relleno” (observamos que presenta “calvas” bien identificadas visualmente). “12.14. Toda la superficie del protector absorbente debería tener un relieve (este criterio también se incumple al no tener la superficie totalmente cubierta)./ 15.3.1. El agua debería absorberse de inmediato. No debería formar un charco (hemos comprobado que sí lo

forma)./ 15.3.4. Asegúrese de que no se producen fugas en la mesa (hemos comprobado que se producen fugas a la mesa e incluso gotea echándole la cantidad de agua que marca para la absorción)./ 15.4.3. Se debe estirar en dos direcciones antes de rasgarse (comprobamos que ante un estiramiento mínimo lateral se rasga)".

Concluye que "desde el comienzo de dispensación" del producto se han "recibido reclamaciones de las ocho Áreas Sanitarias", y que, "por todo lo explicado, desde el punto de vista técnico este empapador de la empresa (...) no cumple los criterios técnicos exigibles, aunque la empresa alega que sí".

8. Mediante Resolución de 14 de diciembre de 2015, el Director de Gestión Económico-Financiera y de Infraestructuras acuerda iniciar el expediente de resolución del contrato de suministro de productos sanitarios con destino a centros dependientes del Servicio de Salud del Principado de Asturias, en lo que se refiere a los lotes 10 y 11 (salvacamas).

En sus antecedentes se indica que "constan en el expediente sendos informes de la Coordinadora Técnica encargada del contrato, así como quejas formuladas desde las distintas unidades de enfermería de las Áreas Sanitarias, todas ellas referidas a la mala calidad de los salvacamas suministrados por la empresa (...); en concreto, alegan escasa absorción, falta de celulosa, tamaño, consistencia, transpiración, etc./ En consecuencia es evidente el incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales por parte de la empresa".

Señala que, "a tenor de lo establecido en el punto primero, apartado 3, de la Resolución de 3 de agosto de 2012 (...), de la Dirección Gerencia del Servicio de Salud del Principado de Asturias, por la que se delegan atribuciones y la firma de resoluciones y actos administrativos en los órganos del Servicio de Salud del Principado de Asturias, la competencia para la tramitación del presente expediente corresponde a la Directora de Gestión Económico Financiera".

Asimismo, se acuerda incautar la garantía constituida, “todo ello como consecuencia del incumplimiento de la obligación contractual esencial consistente en que los productos que se están suministrando incumplen las prescripciones técnicas exigidas en el pliego de prescripciones técnicas y en el pliego de cláusulas administrativas particulares aplicables al contrato”.

9. El día 15 de diciembre de 2015, la Coordinadora Técnica de Contratación formula propuesta de resolución en la que propone revolver el contrato por incumplimiento culpable del contratista, con las consecuencias previstas en el artículo 225.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. En ella se afirma que, “vistos” los informes emitidos en el curso del procedimiento, “la empresa ha incumplido, por una parte, las obligaciones contractuales esenciales que figuran en el pliego de prescripciones técnicas rector del contrato y, por otra, los criterios técnicos de adjudicación que figuran en el pliego de cláusulas administrativas particulares que dieron lugar a que resultara adjudicataria de los lotes referidos”.

Además, propone la incautación de la garantía definitiva por importe de seis mil doscientos treinta y cuatro euros con diez céntimos (6.234,10 €).

Consta la notificación de la citada resolución a la empresa adjudicataria y a la entidad avalista.

10. Con fecha 30 de diciembre de 2015, un “apoderado” de la empresa presenta un escrito de alegaciones. En él reitera, en primer lugar, “que los productos que se están suministrando cumplen perfectamente y en su totalidad con las prescripciones técnicas exigidas en el pliego de prescripciones técnicas y en el pliego de cláusulas administrativas particulares”.

Considera “importante” recordar “los hechos” determinantes de “la situación actual, toda vez que las circunstancias fácticas alegadas por el órgano de contratación en su propuesta de resolución son imprecisas”. Afirma que debe tenerse en cuenta que “la evaluación del cumplimiento de las prescripciones técnicas a efectos de adjudicación del Acuerdo Marco 2013/161,

del que deriva el contrato en conflicto (...), se realizó en base a la información aportada por (los) licitadores; en concreto, a través de las fichas técnicas y los test de absorción, sin que se solicitaran muestras del producto a efectos de comprobación", lo que "tampoco" se hizo "en el contrato derivado".

Insiste en que "todos los productos suministrados (...) cumplen íntegramente con las características técnicas incluidas en nuestra ficha técnica, si bien reconoce que "con posterioridad a la adjudicación del contrato derivado" del Servicio de Salud del Principado de Asturias la referencia MSC281242C fue objeto de mejora en el sellado de la capa trasera de polietileno a la capa de celulosa". Señala que la empresa "siempre ha defendido que las quejas de los usuarios" del Servicio de Salud del Principado de Asturias "sobre las características de la referencia MSC281242C (destinada a su uso en pacientes incontinentes encamados) se deben a la reducción simultánea del nivel de absorción de los absorbentes y los empapadores respecto a los niveles suministrados en contratos anteriores. Durante las (...) reuniones que nuestro equipo ha mantenido" con el Servicio de Salud del Principado de Asturias "hemos reiterado este hecho, reforzando que desde nuestro punto de vista el nivel de absorción de los productos probablemente sea insuficiente para sus necesidades, posiblemente sobrevenido de la configuración de las especificaciones establecidas en el Acuerdo Marco y no de nuestros productos".

Afirma que "con la intención de superar los problemas planteados, y a petición "del Servicio de Salud del Principado de Asturias, la empresa "encargó la repetición de los ensayos de absorción en el (...) único laboratorio acreditado en España para este tipo de ensayos. Los resultados de los mismos, que han sido compartidos" con el Servicio de Salud del Principado de Asturias y con el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, "demuestran que el producto cumple con las especificaciones del Acuerdo Marco". Añade que los empapadores o salvacamás no tienen como función el control de la incontinencia, sino "proteger la ropa de cama ante pequeños escapes de los absorbentes".

Entiende que “las características `neutralizantes de olor incorporados´, `dermoprotección incorporada´ e `indicador de humedad´ correspondientes a los `otros criterios técnicos´ contenidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares del Acuerdo Marco para los lotes 10 y 11 (...) son propias de los pañales y otros absorbentes para incontinencia, y por tanto no son de aplicación al producto `salvacamas´”.

Indica que, “efectivamente (...), durante un tiempo” la empresa “estuvo suministrando un producto de calidad superior”, pero “dicha circunstancia no se derivó de las quejas recibidas, y sí de una situación de *back order*” del producto “que duraría hasta mediados de septiembre” y que intentó solventarse proponiendo el suministro de otra referencia “de dimensiones iguales a la anterior pero con un nivel de absorción superior”, con la que el cliente, reconoce, estaba más satisfecho.

Sostiene que los “productos cumplen con las especificaciones solicitadas, tanto en el Acuerdo Marco como en el contrato derivado”, lo que prueba “que actualmente se están suministrando los mismos productos en otras Comunidades Autónomas sin que se haya registrado ninguna otra queja o incidencia; también los resultados de los test comprueban dicho cumplimiento”, por lo que solicita que “se anule la decisión de resolución del contrato y la aplicación de penalidades consistentes en la incautación de la garantía definitiva (...), por no concurrir incumplimiento culpable”.

11. El día 12 de enero de 2016, la Coordinadora Técnica emite un informe sobre las alegaciones de la empresa en el que se ratifica “en todo lo informado anteriormente” en cuanto a “los motivos que fundamentan la resolución del contrato”. Añade que “las características técnicas exigidas” en el pliego de prescripciones técnicas y en el de cláusulas administrativas particulares “y conocidas por la empresa suministradora tenían una serie de puntos para la adjudicación y alegan que cumplen lo exigido y por ello se les adjudicó el contrato./ Cuando comienza el suministro de dicho producto se comprueba que no cumple las características exigidas, y se plantean por los centros

sanitarios numerosas reclamaciones”, reiterando las deficiencias relativas a la permeabilidad de la capa externa de polímero o similar impermeable y a las irregularidades en la distribución de la capa media.

Considera que “las quejas y reclamaciones que recibe” el Servicio de Salud del Principado de Asturias “no se derivan de una configuración incorrecta de las prescripciones técnicas, sino de un incumplimiento de los criterios exigidos”.

12. Con fecha 20 de enero de 2016, una Letrada del Servicio Jurídico del Servicio de Salud del Principado de Asturias emite informe favorable en relación con la resolución del contrato. En cuanto a la concurrencia de causa de resolución, señala que “consta en la propuesta de resolución de 13 de enero de 2016, y se documenta en el expediente remitido a este Servicio Jurídico, que `ya desde el inicio de la ejecución del contrato derivado se han venido recibiendo quejas, tanto verbales como por escrito, desde las distintas unidades de enfermería de las Áreas Sanitarias; todas ellas se refieren a la mala calidad de los salvacamás suministrados por la empresa, en concreto alegan escasa absorción, falta de celulosa, tamaño, consistencia, transpiración, etc.´”.

Reseña que obran en el expediente remitido “informes técnicos en los que se manifiesta el reiterado incumplimiento culpable de los criterios exigidos en los pliegos por parte del contratista”, por lo que, en cuanto a los efectos de la resolución, y dado que los pliegos de cláusulas administrativas particulares disponen una “incautación automática de la garantía, en sintonía (...) con el artículo 100.c) del TRLCSP”, entiende que procede esta, si bien precisa que, “como manifestación de la voluntad contractual de las partes, conviene hacer referencia en la propuesta de resolución”.

Advierte que en las comunicaciones del trámite de audiencia remitidas a la empresa y a la entidad avalista se hace referencia erróneamente a “que se imponen penalidades consistentes en la incautación de la garantía definitiva”

cuando la incautación procede de la resolución por incumplimiento culpable del contratista.

13. El día 25 de enero de 2016, el Director de Gestión Económico-Financiera y de Infraestructuras dicta Resolución por la que se acuerda “suspender el procedimiento de resolución del contrato (...) por el tiempo que medie entre la petición y la recepción del dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias”.

Consta registrada de salida la notificación de la resolución a la empresa contratista en la misma fecha, si bien no se acredita su práctica.

14. Con la misma fecha, la Coordinadora de Gestión de Recursos y Contratación formula propuesta de resolución en la que se propone resolver el contrato derivado, en lo que respecta a los lotes 10 y 11, salvacamas, por incumplimiento culpable del contratista. En ella se reseña que las incidencias ocasionadas por la mala calidad del material “provocan, además de los problemas que ocasionan a los pacientes, un gran perjuicio” al Servicio de Salud del Principado de Asturias, “principalmente un mayor gasto, al ser necesario un cambio más frecuente del producto”.

Vistos los informes emitidos, reitera que “la empresa ha incumplido, por una parte, las obligaciones contractuales esenciales que figuran en el pliego de prescripciones técnicas rector del contrato y, por otra, los criterios técnicos de adjudicación que figuran en el pliego de cláusulas administrativas particulares que dieron lugar a que resultara adjudicataria de los lotes referidos”. Subraya que “es evidente” que estos últimos son “criterios que deben cumplir los salvacamas y, en este sentido, la empresa (...) en la documentación presentada con motivo del contrato derivado certificó que cumplían sus salvacamas./ No obstante, ha quedado acreditado en sendos informes técnicos que los salvacamas de la empresa (...) no cumplen dichos criterios”.

En consecuencia, propone resolver el contrato “por incumplimiento de la obligación contractual esencial consistente en que los productos que se están

suministrando incumplen las prescripciones técnicas exigidas en el pliego de prescripciones técnicas y en el pliego de cláusulas administrativas particulares rectores del contrato, referido a los lotes” 10 y 11, así como la incautación de la garantía definitiva.

15. En este estado de tramitación, mediante escrito de 4 de febrero de 2016, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de resolución del contrato de suministro de productos sanitarios con destino a centros dependientes del Servicio de Salud del Principado de Asturias, en lo que se refiere a los lotes 10 y 11 (salvacamas).

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra n), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra n), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- De acuerdo con los preceptos citados, la consulta preceptiva a este Consejo sobre resolución de contratos administrativos está condicionada a que “se formule oposición por parte del contratista”, que consta en este caso.

Ahora bien, en el asunto sometido a nuestra consideración no figura acreditada la representación de quien, en nombre de la empresa adjudicataria, formula su oposición a la propuesta de resolución contractual realizada por la

Administración. El escrito de oposición lo firma una persona distinta de aquella que en su día formalizó el contrato con la Administración consultante en calidad de representante de la sociedad.

A propósito de la representación, el artículo 32.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), establece que, "Para formular solicitudes, entablar recursos, desistir de acciones y renunciar a derechos en nombre de otra persona, deberá acreditarse la representación por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna, o mediante declaración en comparecencia personal del interesado. Para los actos y gestiones de mero trámite se presumirá aquella representación".

En la medida en que la oposición del contratista condiciona el carácter de la consulta a este Consejo, consideramos que no ha de calificarse este acto como de mero trámite, sin que pueda presumirse aquella. Desconocido el título con el que actúa la persona que firma en nombre de la adjudicataria la oposición a la resolución contractual, este Consejo no podría pronunciarse sobre el fondo del asunto si falta el presupuesto subjetivo que convierte la consulta en preceptiva, esto es, la acreditación de quien se opone a la pretensión del órgano consultante.

No obstante, puesto que la Administración ha admitido, sin más, la representación, podríamos entender que quien suscribe el escrito de alegaciones pudo actuar como "factor notorio", resultando de aplicación analógica lo dispuesto en el artículo 286 del Código de Comercio, cuyo tenor literal dispone que "Los contratos celebrados por el factor de un establecimiento o empresa fabril o comercial, cuando notoriamente pertenezca a una empresa o sociedad conocidas, se entenderán hechos por cuenta del propietario de dicha empresa o sociedad, aun cuando el factor no lo haya expresado al tiempo de celebrarlos".

A tenor de dicho razonamiento, de acuerdo con el principio constitucional de eficacia administrativa, y a efectos de la emisión de este dictamen, entendemos de aplicación lo establecido en el artículo 32.4 de la

LRJPAC, que permite subsanar la falta o insuficiente acreditación de la representación antes de dictarse la resolución que ponga fin al procedimiento, dentro del plazo de diez días, que habrá de conceder al efecto el órgano instructor, o de un plazo superior si las circunstancias lo requieren.

TERCERA.- La calificación jurídica del contrato que examinamos es la propia de un contrato administrativo de suministro.

Por razón del tiempo en que fue adjudicado -23 de marzo de 2015-, su régimen jurídico sustantivo resulta ser el establecido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. Dentro del referido marco legal, el régimen al que han de ajustarse los efectos y extinción del contrato es, según el artículo 19 del TRLCSP, el establecido por la propia Ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 210 del TRLCSP, la Administración ostenta la prerrogativa de acordar la resolución de los contratos y determinar los efectos de esta dentro “de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley”.

El ejercicio de tal prerrogativa, a fin de garantizar no solo el interés público, sino también el que los contratistas tienen en el cumplimiento de los contratos, exige la concurrencia de los presupuestos legalmente establecidos, así como la sujeción a las normas procedimentales que lo disciplinan. Si se incumple el procedimiento, la imputación de la causa resolutoria pierde su legitimación, pues, como acabamos de indicar, aquella potestad solo se puede ejercer con respeto a los límites y requisitos señalados en la Ley.

La instrucción del procedimiento que analizamos se encuentra sometida a lo dispuesto en el artículo 224 del TRLCSP, que se remite a la regulación de

desarrollo, y en el artículo 109.1 del RGLCAP. Esta última norma sujeta la resolución del contrato al cumplimiento de los siguientes requisitos: audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en caso de propuesta de oficio; audiencia, en el mismo plazo, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía, e informe del Servicio Jurídico. El expediente sometido a nuestra consideración da cuenta del cumplimiento de todos los trámites señalados.

Respecto al plazo máximo para resolver y notificar la resolución que recaiga, se aprecia, en primer lugar, que no se ha dado cumplimiento a la obligación de comunicar a la interesada, en los términos de lo dispuesto en el artículo 42.4 de la LRJPAC, el plazo máximo legalmente establecido para la resolución -y notificación- del procedimiento, así como los efectos que pueda producir el silencio administrativo.

Por otra parte, y en relación con la competencia para acordar, en su caso, la resolución del contrato, que los artículos 210 del TRLCSP y 109 del RGLCAP atribuyen al "órgano de contratación", observamos que la Resolución de 14 diciembre de 2015, de inicio del expediente de resolución, omite cualquier referencia a la posible existencia de una resolución de delegación de competencias en favor de la Dirección de Gestión Económico Financiera. Dado que el Servicio Jurídico del Servicio de Salud del Principado de Asturias había advertido sobre la falta de competencia de dicho órgano para efectuar la contratación objeto de este procedimiento, y que por ello, en virtud de la Resolución de 12 de mayo de 2015, la Dirección Gerencia del Servicio de Salud del Principado de Asturias procedió a convalidar "todos los actos dictados por la Dirección de Gestión Económico Financiera actuando como órgano de contratación en los expedientes promovidos por la Comisión Central de Compras", entre los que se encuentra el que es objeto del procedimiento que ahora analizamos, este Consejo Consultivo considera que, con la finalidad de evitar cualquier posible impugnación basada en una hipotética incompetencia del órgano, y dado que no nos consta la existencia de una delegación expresa de competencias, la resolución que ponga fin al procedimiento ha de ser

adoptada por la Dirección Gerencia del Servicio de Salud del Principado de Asturias, como titular de la competencia en materia de contratación.

Advertimos asimismo que, iniciado de oficio el procedimiento de resolución contractual mediante Resolución de 14 de diciembre de 2015, la Administración ha utilizado la posibilidad de suspender el cómputo del plazo máximo de tres meses para resolver y notificar, establecido en el artículo 42.3 de la LRJPAC, al objeto de evitar la caducidad del procedimiento, que se produciría por el transcurso de dicho plazo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.2 de la citada Ley, que el Tribunal Supremo juzga aplicable a este tipo

de procedimientos (Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 13 de marzo de 2008 -ECLI:ES:TS:2008:643-, Sección 4.ª; de 9 de septiembre de 2009 -ECLI:ES:TS:2009:5567- y 8 de septiembre de 2010 -ECLI:ES:TS:2010:4766-, Sección 6.ª, y 28 de junio de 2011 -ECLI:ES:TS:2011:4151- y de 20 de abril de 2015 -ECLI:ES:TS:2015:1690-, Sección 7.ª, entre otras).

La suspensión señalada, motivada por la solicitud de nuestro dictamen y fundada en el artículo 42.5.c) de la LRJPAC, la acordó el órgano de contratación el día 25 de enero de 2016. Consta en el expediente el traslado del citado acuerdo únicamente a la empresa interesada -registrado de salida en la misma fecha-, pero no la práctica efectiva de su notificación, ni tampoco su traslado a la entidad avalista; preceptiva cuando, como ocurre en este caso, la resolución contractual conlleva la incautación de la garantía. La solicitud de la consulta se suscribió por la autoridad consultante el día 4 de febrero de 2016, y se registró de salida el día 8 del mismo mes, recibándose en este órgano tres días después. Conforme a lo señalado en el Dictamen Núm. 161/2015, el criterio adoptado por este Consejo sobre el momento en que se producen los efectos de la suspensión identifica aquel con la fecha del registro de salida de la petición de consulta. Sin embargo, en la notificación al contratista de la resolución de suspensión se indica que "el 25 de enero de 2016 se remite el citado expediente al Consejo Consultivo del Principado de

Asturias a través de la Consejería de Sanidad”; fecha que no coincide, por lo expuesto, con el momento en que se inicia el cómputo del plazo de suspensión. Tampoco coincide con la señalada en el extracto de Secretaría como fecha de “remisión a Presidencia del Principado de Asturias” del expediente “a efectos de recabar” el dictamen de este Consejo -“26 de enero de 2016”-.

A la vista de ello, en el presente supuesto, y a falta de constancia en el expediente de la práctica efectiva de la correspondiente notificación al contratista (y del traslado de la suspensión al avalista), no podemos concluir que las comunicaciones se hayan realizado correctamente; esto es, con determinación del día cierto en que se ha iniciado la suspensión del plazo máximo para resolver y notificar, lo que deberá ser tenido en cuenta por el instructor del procedimiento a fin de dictar la resolución finalizadora del mismo y notificarla en plazo.

CUARTA.- Entrando en el fondo del asunto, debemos indicar que en caso de concurrir causa resolutoria es el interés público el que ampara la decisión de la Administración de resolver el contrato, si bien para ello se requiere que tal medida sea adecuada y conforme al ordenamiento jurídico.

Con arreglo al marco normativo antes señalado, resulta aplicable a la determinación de las causas y efectos de la resolución de este contrato el TRLCSP. Por tanto, son causas de resolución, además de las establecidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, las recogidas en los artículos 223 del citado Texto Refundido y las específicamente señaladas, para el contrato de suministro, en el artículo 299 del mismo. El pliego de cláusulas administrativas particulares determina, en su apartado 5.3.5) que será causa de resolución, “en general, el incumplimiento por el contratista de cualquiera de las obligaciones esenciales contenidas en los documentos contractuales”.

La Administración considera en su propuesta de resolución que la contratista ha incumplido lo previsto en el pliego de prescripciones técnicas, además de los criterios técnicos de adjudicación que figuran en el pliego de

cláusulas administrativas, por lo que incurre en el motivo de resolución contemplado en la letra f) del artículo 223 del TRLCSP, esto es, el “incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”, y propone “incautar la garantía definitiva”.

De los documentos e informes obrantes en el expediente resulta que la ejecución del contrato se inicia en el mes de mayo de 2015, constando ya a principios del mes de junio los primeros escritos de queja, a los que se unirán en los meses siguientes los procedentes de los hospitales de cabecera de siete de las ocho áreas sanitarias de la Comunidad Autónoma. En ellos se refleja la generalidad de la problemática detectada y su negativo impacto en la asistencia directa prestada a los pacientes. Todos ellos coinciden en la escasa absorción y facilidad de rasgado, lo que impide el correcto cumplimiento de la función a la que están destinados.

Los informes emitidos por la Coordinadora Técnica de Contratación establecen la correspondencia de estas deficiencias con las especificaciones técnicas recogidas en el pliego de prescripciones técnicas, consistentes en la existencia de una “capa externa de polímero o similar impermeable”; una “capa media de celulosa absorbente” cuya “pulpa deberá estar repartida homogéneamente, sin presentar claros en su aspecto”; una “capa interior de tejido sin tejér filtrante e hidrófugo que impida el regreso de la humedad a la superficie”, y “sellado en todos sus lados de forma que la humedad no pueda traspasar”, así como una capacidad de absorción mínima de 400 ml o 700 ml (dependiendo en este último caso de las dimensiones del salvacamás, 40 x 60 cm en el lote 10 y 60 x 90 cm en el lote 11). También se refiere al incumplimiento de los criterios de adjudicación previstos en el pliego de cláusulas administrativas particulares, así como a la existencia de mecanismos específicos de control ofertados por la empresa en la documentación remitida, que no ha sido incorporada al expediente.

Frente a ello, la contratista se limita a afirmar que los productos “cumplen íntegramente con las características (...) incluidas en nuestra ficha

técnica”, y recuerda que fueron estas fichas, junto a “los test de absorción”, el origen de la información tenida en cuenta para la “evaluación del cumplimiento de las prescripciones técnicas a efectos de adjudicación”. Reconoce, no obstante, que “el nivel de absorción de los productos probablemente sea insuficiente para sus necesidades”, lo que atribuye “posiblemente” a “la configuración de las especificaciones establecidas”.

Aunque afirma haber repetido los ensayos de absorción en el “único laboratorio acreditado en España” para ello, y que ha compartido su resultados con el Servicio de Salud del Principado de Asturias, no aporta los mismos ni tampoco obran estos en el expediente. En todo caso, estas pruebas se refieren solo a uno de los parámetros incluidos en el listado de “características técnicas” que forma parte del pliego de prescripciones técnicas, y el cumplimiento es exigible para todos los que allí figuran.

Por otra parte, la contratista asegura que el servicio que presta resulta adecuado para otros clientes, pero ello no aporta nada a este caso, pues lo que se está dirimiendo es la adecuación del servicio a un contrato concreto y determinado. Pese a que sostiene que “las circunstancias fácticas alegadas por el órgano de contratación en su propuesta de resolución son imprecisas”, lo cierto es que no las rebate, pues -como hemos visto- parece fundarse únicamente en una eventual inadecuación de la configuración de las especificaciones a las necesidades de la Administración contratante; argumento que no cabe compartir.

Al respecto, no podemos dejar de observar que la empresa llega a indicar en el escrito dirigido a la Administración en el mes de octubre de 2015 -en el marco de las discrepancias surgidas con anterioridad al inicio del expediente de resolución contractual- que “constituye un error material de nuestra parte el haber afirmado que nuestras referencias respetaban esos criterios, pero no una voluntad de defraudar a las autoridades”, lo que permite concluir que, efectivamente, los criterios de adjudicación contemplados en el pliego de cláusulas administrativas particulares no se cumplen.

Debe señalarse que los hechos descritos no son de carácter aislado o esporádico, sino que se producen de forma continuada en el tiempo, tal y como se desprende del contenido de las incidencias registradas por el personal. Por ello, estimamos acreditado el incumplimiento del contenido de la cláusula 2.3 del pliego de prescripciones técnicas, relativa a las especificaciones técnicas que deben cumplir los productos de los lotes 10 y 11 con carácter preceptivo, pues en él se recoge literalmente que “los productos sanitarios incluidos en este Acuerdo Marco tendrán” aquellas.

Ahora bien, la causa de resolución prevista en la letra f) del artículo 223 del TRLCSP exige que se trate de un “incumplimiento de las (...) obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”. Nos encontramos, pues, ante una primera dificultad para aplicar la grave consecuencia de la resolución del contrato, y es que en este caso no figura expresamente consignado ni en los pliegos ni en el contrato que lo dispuesto en la citada cláusula sea una obligación esencial cuyo incumplimiento pueda dar lugar a la resolución contractual. En la regulación contenida en el artículo 111.g) del anterior Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no era necesario que la obligación incumplida hubiera sido calificada como esencial en los pliegos o en el contrato para que su incumplimiento pudiera ser causa de resolución. Sin embargo, en la vigente normativa de contratos aparece la obligación de otorgar tal calificación a las cláusulas cuyo incumplimiento lleve aparejada la resolución del contrato.

No obstante, y como ya tuvimos ocasión de afirmar en nuestro Dictamen Núm. 43/2015, resulta necesario evitar el perjuicio al interés general que originaría, en determinados supuestos, una interpretación estricta de la previsión que acaba de exponerse, dada la concurrencia de circunstancias excepcionales, pues la falta de previsión expresa de la calificación como “esencial” de una obligación no puede ser un obstáculo para que proceda la resolución por incumplimiento del contratista si el incumplimiento es de naturaleza sustancial y de tal gravedad que supone en realidad un

incumplimiento del objeto mismo del contrato; circunstancias que concurren en el supuesto objeto de consulta.

En efecto, el TRLCSP aborda, al regular la "Ejecución del contrato de suministro", los aspectos relativos a su "Entrega y recepción" en el artículo 292, disponiendo que el "contratista estará obligado a entregar los bienes objeto de suministro en el tiempo y lugar fijados en el contrato y de conformidad con las prescripciones técnicas y cláusulas administrativas". A su vez, la cláusula 1 del pliego de prescripciones técnicas señala, al definir el objeto del contrato, que constituye el mismo "la selección de suministradores, (la) fijación de precios y el establecimiento de las bases" que regirán los contratos derivados de suministros "para la adquisición de los productos sanitarios que se describen" el referido pliego. Ello implica que la acreditada falta de cumplimiento de las especificaciones técnicas afecta de forma evidente al desarrollo mismo de la prestación objeto del contrato, lo que permite inferir que constituye el incumplimiento de una obligación contractual que determina la resolución del contrato.

En esta interpretación hemos ponderado especialmente la entidad de la repercusión del incumplimiento de las prescripciones técnicas, en cuanto que afecta de forma directa a los usuarios del servicio público sanitario. Así, prácticamente todos los informes emitidos por los profesionales de los hospitales aluden a la existencia de "lesiones dermatológicas derivadas de la humedad" generada por el incorrecto funcionamiento del producto. Como se indica en uno de ellos, se trata de productos "que afectan directamente a la seguridad de (los) pacientes", consignándose la existencia de "algún caso documentado de deterioro de la piel directamente relacionado con el uso de estos empapadores" y, en general, de riesgo para los usuarios. En otro de los informes se señala "que el uso de este material produce en los pacientes diversas complicaciones dermatológicas que van desde irritaciones y alergias hasta heridas", mencionándose en los restantes un "aumento de irritaciones y lesiones de piel" y "maceración", así como un "aumento en la incomodidad del paciente, infecciones cutáneas cercanas a heridas quirúrgicas". Es decir, de su

contenido no solo se desprende un riesgo probable, sino la existencia de situaciones dañosas directamente relacionadas con el uso del producto. A la vista de ello, entendemos que el interés público concurrente impone la necesidad de resolver el contrato por causas imputables al contratista, al existir un incumplimiento de la obligación que constituye el objeto del contrato, consistente en el suministro de material con arreglo a unas características técnicas y funcionales definidas con precisión.

Cabría oponer a esta valoración que la literalidad del pliego de cláusulas administrativas particulares del Acuerdo Marco contempla un remedio específico ante una incidencia como la producida durante la ejecución del contrato. Conviene aclarar tal extremo. En efecto, en el referido pliego se dispone que “la Administración se reserva el derecho a realizar las comprobaciones de calidad del objeto del acuerdo marco. Serán rechazados los bienes que no cumplan las características especificadas en el presente pliego, en el pliego de prescripciones técnicas o que no se ajusten a las muestras entregadas o a las especificaciones ofertadas” (cláusula 3.1.5). Asimismo, la cláusula 4.3.7 se refiere a la falta de adecuación de los suministros “al objeto contratado como consecuencia de vicios o defectos imputables al contratista”, y faculta a la Administración para “rechazar la misma, quedando exenta de la obligación de pagar o teniendo derecho, en su caso, a la recuperación del precio satisfecho”.

En el supuesto examinado no consta que la Administración hiciera uso de estas posibilidades, pero sí que intentó solventar los problemas detectados, e incluso que existió un cambio temporal del producto que cumplió las demandas de mejora, si bien la contratista niega en las alegaciones efectuadas con ocasión del procedimiento de resolución del contrato que la sustitución tuviera ese objeto. En cualquier caso, lo actuado refleja la continuidad y generalidad de las deficiencias registradas, que no tienen carácter aislado, sino que se advirtieron en la práctica totalidad de los centros hospitalarios de la región, coincidiendo todos los escritos de queja en la descripción de los defectos que detectaba el personal encargado de la utilización del producto;

defectos que se mantuvieron en el tiempo salvo en el breve periodo en el que, por circunstancias que la empresa no explica con detalle, se proporcionó un material de reconocida calidad superior.

Tal generalidad y persistencia en los problemas que presentaba el producto, unido a la actitud manifestada por la empresa al respecto durante la ejecución del contrato, determinan, a nuestro juicio, que no podamos afirmar la procedencia de la aplicación de las previsiones de las citadas cláusulas 3.1.5 y 4.3.7 del pliego de las administrativas particulares en respuesta a los mismos y como una alternativa viable a la resolución. Efectivamente, debe tenerse en cuenta que la empresa evidencia de forma inequívoca su voluntad de mantener el producto cuestionado con independencia de las quejas recibidas, y así consta en el escrito remitido al Servicio de Salud del Principado de Asturias en el mes de octubre de 2015, antes del inicio del expediente de resolución; escrito en el que además se muestra favorable a una eventual "resolución de común acuerdo (...) sin incumplimiento culpable del contratista". Reitera, en suma, "no poder acceder a su pedido de suministrar referencias de calidad superior al mismo precio que el acordado en el contrato derivado del Acuerdo Marco", ofreciendo como única posibilidad, con carácter definitivo, realizar tal suministro fuera del contrato. De ello se deduce, en definitiva, que las citadas cláusulas no están pensadas para corregir vicios o defectos de los suministros de naturaleza permanente o estructural, sino los puntuales u ocasionales de determinadas remesas, por lo que no resultan aplicables al supuesto de hecho que aquí se dirime, en el cual -como ya hemos razonado- la sustancial y no meramente accidental inadecuación técnica y funcional del material suministrado constituye el incumplimiento de una obligación inherente al objeto mismo del contrato.

A idéntica conclusión, y tras analizar los mismos incumplimientos en los "salvacamas" adquiridos por la respectiva Comunidad Autónoma, llegó el Consejo Consultivo de Extremadura en su Dictamen Núm. 123/2013, que considera que ha de resolverse el contrato ante el incumplimiento de la

obligación esencial del contratista, “que es el suministro de los productos con las características pactadas”.

Finalmente, en cuanto a los efectos de la resolución contractual, este Consejo viene manteniendo reiteradamente que, en el régimen legal que resulta del artículo 225 del TRLCSP, la pérdida de la garantía se vincula al exacto resarcimiento de los eventuales perjuicios que se hubieran causado a la Administración. En concreto, establece el apartado 3 del precepto citado que cuando “el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada”.

La propuesta de resolución dispone la incautación de la garantía, y señala como fundamento la cláusula 5 del pliego de las administrativas particulares, que dispone, en su apartado 4, que “cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será, en su caso, incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración contratante los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada”. A la vista de tal literalidad no podemos compartir una interpretación como la que sostiene el órgano de contratación, ni, en consecuencia, entender que la cláusula tiene por objeto establecer una previsión acorde con lo dispuesto en el artículo 100 del TRLCSP, cuyo epígrafe c) hace referencia a la “incautación que puede decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo que en él o en esta Ley esté establecido”. A nuestro juicio, el empleo de la expresión “en su caso” se contradice de forma evidente con la de “en todo caso”, y de la utilización conjunta de ambas resulta una redacción equívoca que impide afirmar con la rotundidad necesaria que el pliego de cláusulas administrativas particulares rector del contrato dispone la incautación automática de la garantía en los

supuestos de resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista.

No obstante, en el asunto sometido a nuestra consideración la propuesta de resolución constata también la existencia de un perjuicio económico para el Servicio de Salud del Principado de Asturias, "principalmente" derivado del "mayor gasto" asociado a "un cambio más frecuente del producto". En este sentido, ya desde el inicio de la contratación los escritos de queja ponen de manifiesto que la problemática detectada supone un incremento de costes asociado directamente a la mayor frecuencia de cambio de la ropa de cama de los pacientes, cuantificándose incluso en uno de ellos el número de unidades del producto consumidas por la merma de calidad.

La propuesta de resolución no efectúa cuantificación alguna de los daños y perjuicios irrogados. Ahora bien, dado que el contrato continúa prestándose (pues su finalización está prevista para el 30 de abril de 2016), consideramos que independientemente de esta omisión existe una imposibilidad real de conocer con carácter previo a la resolución del contrato el importe de determinados conceptos constitutivos de daños y perjuicios. Por ello, resulta correcta la retención, con carácter cautelar, de la garantía definitiva hasta que sea posible concretar tal cuantía.

En conclusión, entendemos que procede la resolución del contrato administrativo por incumplimiento de una obligación contractual imputable al contratista, así como la liquidación de los daños y perjuicios ocasionados a la Administración. Ahora bien, en relación con esta última cuestión, es imprescindible un pronunciamiento expreso de la Administración sobre la justificación y la cuantía indemnizatoria finalmente resultante, de modo que, con audiencia de la contratista, se resuelva el procedimiento instruido para determinarla; procede entretanto la retención cautelar de la garantía definitiva.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede la resolución, por incumplimiento del contratista, del contrato de suministro de productos sanitarios con destino a centros dependientes del Servicio de Salud del Principado de Asturias, en lo que se refiere a los lotes 10 y 11 (salvacamas), sometido a nuestra consulta, con los efectos señalados en el cuerpo de este dictamen.”

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,