

Dictamen Núm. 231/2021

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
García García, Dorinda
Baquero Sánchez, Pablo

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 4 de noviembre de 2021, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 27 de octubre de 2021 -registrada de entrada el día 28 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de suministro de un sistema video-finish para el Palacio Municipal de los Deportes, de Oviedo.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo en sesión celebrada el 17 de diciembre de 2020, se adjudica el contrato de suministro de un sistema video-finish para las competiciones de atletismo en el Palacio Municipal de los Deportes a la empresa, por el precio de 24.349,82 €, IVA excluido, y un plazo de entrega de 20 días.

Con fecha 22 de diciembre de 2020, el representante de la contratista acepta la adjudicación del contrato en los términos recogidos en los pliegos y en su oferta y se compromete a ejecutar la prestación contratada, procediendo a la entrega en el plazo fijado.

2. El día 15 de enero de 2020 comparecen a la recepción del suministro el responsable del contrato y la delegada del Interventor General, resultando el acta desfavorable por las razones que recoge la última de forma manuscrita en el propio documento: ausencia del representante de la adjudicataria al acto de recepción y entrega de una cámara (OPTIC c3) que es diferente a la comprometida (Etherlynx Vision) según la cláusula 10 del pliego de prescripciones técnicas. Se hace constar asimismo en el acta que en los artículos suministrados “hay un sistema de salidas y pistola eléctrica que no aparecen mencionados en el pliego”, sin comprobar el resto del material entregado “por considerarse que, dado que la cámara suministrada no reúne los requisitos del pliego de prescripciones técnicas, la comprobación del resto de accesorios no es relevante”.

3. Con fecha 21 de enero de 2021 se comunica a la contratista que dispone de un plazo de 10 días hábiles para proceder a un nuevo suministro de conformidad con lo pactado.

4. El día 1 de febrero de 2021 el representante de la adjudicataria presenta un recurso de reposición contra el acta de recepción desfavorable. En él razona que el sistema de video-finish entregado es el que se ofertó en su día, habiéndose adjuntado a la proposición la “certificación de la Federación de Atletismo Internacional (...) sobre la homologación del sistema” y la “ficha técnica del sistema foto finish OPTIC3 Alge-Timing con todas sus prestaciones y detalles técnicos”.

Aduce que el Ayuntamiento al firmar el albarán de entrega “repcionó el sistema de video finish favorablemente sin plantear oposición alguna al cumplimiento de las prescripciones técnicas”, por lo que entiende que “desde el ‘minuto cero’, es decir, desde que (la empresa) presentó oferta y mandó el material el Ayuntamiento era totalmente concededor del sistema video-finish ofertado, el cual fue aceptado sin objeción alguna”.

Afirma que, aunque la Intervención General “consideró el acto de comprobación material de la inversión desfavorable por incumplimiento de las

prescripciones técnicas”, esto no fue aceptado por el Ayuntamiento, “cuyo representante no firmó las razones esgrimidas por la Interventora que redactó a mano en el propio acta”.

Indica que si no compareció al acto de recepción fue porque creyó que se estaba convocando a la empresa a una mera instalación técnica del sistema, y que tal ausencia le ocasiona indefensión determinante de nulidad.

Manifiesta que la recepción es nula por contravenir los propios actos del Ayuntamiento de Oviedo, puesto que “ya había validado el material (...) cuando se adjudicó el contrato, teniendo en cuenta las fichas técnicas (...) cuando dio por válido el material remitido el 22-12-2020 sin manifestar objeción alguna”.

Entiende que la exigencia en el pliego de prescripciones técnicas de una cámara de marca concreta “es totalmente contraria a (la) Directiva comunitaria 2014/24/UE, artículos 18-1 y 42-2 (...), y a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en concreto a su artículo 126.6”, y que tal “mención debe tenerse por no puesta por ser nula de pleno derecho”.

A mayor abundamiento, significa que la cámara ofrecida por su empresa “cumple perfectamente con el requisito técnico exigido por la mencionada cláusula 10 del pliego de prescripciones técnicas, que es lo relevante, ya que no solo capta 2.000 tomas por segundo, sino que realiza 3.000 fps/segundo, siendo incluso superior a la marca EtherLynx Vision”.

Solicita la declaración de nulidad del acta de recepción, la fijación de una fecha y hora para la recepción del material ofertado y la suspensión de la ejecución del requerimiento efectuado a la empresa mientras se resuelve el recurso.

Por último, “hace expresa reserva de las acciones de responsabilidad patrimonial frente al Ayuntamiento de Oviedo” por los daños sufridos para el caso de que “finalmente no acepten el material propuesto desde el inicio”.

5. Con fecha 5 de febrero de 2021, el Coordinador de Deportes del Ayuntamiento de Oviedo suscribe un informe en el que refleja que, concluido el plazo de diez días hábiles que se había concedido a la empresa, “no se ha recibido un nuevo suministro de video-finish”.

6. En sesión celebrada el 6 de mayo de 2021, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo acuerda iniciar el expediente de resolución del contrato por incumplimiento culpable de su obligación principal y conceder al contratista un plazo de alegaciones de 10 días naturales. El acuerdo se adopta de conformidad con la propuesta de resolución contractual que suscriben la Jefa de la Sección de Contratación y la Adjunta a la Jefa de Servicio de Interior el 30 de abril de 2021, en la que se destaca que “no hay constancia en el expediente de la impugnación del clausulado de los pliegos por parte del contratista, a los que quedó vinculado con la presentación de la oferta”, y que además el contrato fue adjudicado “por procedimiento simplificado abreviado”, sin que existieran “más criterios de adjudicación que el precio y la mejora del plazo de garantía”, por lo que la especificación relativa al “modelo que pensaba suministrar” sobraba en su oferta y “nunca sería objeto de valoración”.

Afirman que “la actitud de la contratista determina un incumplimiento culpable de su obligación esencial”, y puntualizan que, aun cuando la resolución del contrato no conllevará la incautación de la garantía definitiva, pues no se ha exigido su constitución, en caso de derivarse daños de la resolución contractual los mismos se reclamarán en expediente contradictorio.

7. El día 13 de mayo de 2021, el representante de la adjudicataria presenta un escrito de alegaciones en el que reitera las manifestaciones formuladas en el recurso de reposición contra la recepción desfavorable, significando que a su oferta adjuntó la ficha técnica del sistema “foto finish OPTI C3 Alge-Timing” que proyectaba suministrar “con todas sus prestaciones y detalles técnicos, todo ello tal y como consta en el expediente administrativo y de conformidad con la cláusula novena del pliego de prescripciones técnicas, que dice: `Los concurrentes a la presente contratación habrán de incluir en sus proposiciones: indicación de marcas, catálogo y garantía de los productos´”.

Insiste en que se debe declarar la nulidad del acta de recepción y del acto por el que se requiere a su empresa un nuevo suministro por ser contrarios a los propios actos del Ayuntamiento de Oviedo, que habría validado el material al adjudicar el contrato y aceptar el suministro.

Con carácter subsidiario, “para el caso de entender que el producto ofertado no cumple con las prescripciones técnicas”, alega la nulidad de dichas prescripciones en cuanto hacen referencia a una fabricación o marca determinada en contra de lo dispuesto en la Directiva y en la Ley de Contratos del Sector Público, invocando al efecto la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2021 que, según afirma, “determina la posibilidad de impugnación indirecta de los pliegos de contratación cuando están incurso en alguna causa de nulidad de pleno derecho”.

8. Con fecha 15 de junio de 2021, el responsable del contrato emite un informe en el que analiza las alegaciones presentadas a petición de la Sección de Contratación. En él, tras describir detalladamente las funcionalidades del sistema de video-finish Lynx requerido de conformidad con el pliego de prescripciones técnicas, señala que “el software de cronometraje Lynx (5LSW-FinishLynx32) es el único que está integrado en el sistema de resultados de la Real Federación Española de Atletismo”, y que “el sistema inalámbrico de salidas de ALGE TIMING no es un sistema inalámbrico de salida como el que viene recogido en el pliego de prescripciones técnicas, sino un sistema de salida electrónica inalámbrica, que es diferente.

9. El día 13 de octubre de 2021, la Adjunta a la Jefa de Servicio y Jefa de la Sección de Contratación y la Jefa de Servicio del Área Interior del Ayuntamiento de Oviedo suscriben una propuesta de resolución en el sentido de desestimar las alegaciones formuladas por la contratista por las razones reflejadas en su anterior propuesta de 30 de abril de 2021, acordar la resolución del contrato y remitir el expediente, una vez librados los informes de Asesoría Jurídica e Intervención Municipal, al Consejo Consultivo del Principado de Asturias, suspendiéndose el plazo máximo para resolver por el tiempo que medie entre la petición del dictamen y su recepción.

10. El día 22 de octubre de 2021, el Letrado Consistorial 5 del Ayuntamiento de Oviedo elabora un informe en el que señala que las alegaciones del contratista “no desvirtúan en absoluto los incumplimientos de la obligación principal del

contrato detectados” pues, en primer lugar, la supuesta certificación de la Federación de Atletismo Internacional “no es tal, puesto que, según refiere el propio contratista en su escrito de alegaciones, el documento aportado únicamente acredita que el modelo suministrado `se utiliza con éxito en competiciones internacionales de atletismo organizadas según las Reglas y Reglamentos de la (Federación de Atletismo Internacional)’, sin rastro de referencia alguna a la homologación exigida en la cláusula décima del (pliego de prescripciones técnicas)”. En segundo término, porque la circunstancia de haber aportado junto con la proposición la ficha técnica del sistema “poco o nada aporta a estos efectos por cuanto en dicha `ficha técnica´ no se menciona ni justifica si el modelo ofertado cumplía o no las especificaciones técnicas descritas en la cláusula décima del (pliego de prescripciones técnicas)”.

Destaca el Letrado por otra parte que, dada la naturaleza del procedimiento de adjudicación empleado, únicamente fueron objeto de consideración los criterios de “precio y mejora en el plazo de garantía, sin entrar en valoraciones relativas a criterios técnicos del producto a suministrar”, y rechaza que el bien entregado fuera aceptado inicialmente por el Ayuntamiento habida cuenta del resultado desfavorable del acta de recepción.

Niega que la falta de comparecencia del representante de la contratista a la recepción del suministro le haya producido indefensión, pues “el acta de recepción carece de contenido declarativo o constitutivo de derechos dado que se trata de un documento con valor probatorio en el que la Administración se limita a hacer constar si los bienes se hallan o no en estado de ser recibidos, de conformidad con lo previsto en el art. 304.2 de la LCSP, no siendo un trámite ni un documento adecuado para la formulación de alegaciones o manifestaciones por el contratista”.

Afirma que el contrato no puede entenderse validado por la mera entrega de bienes, como pretende el contratista, pues el cumplimiento requiere que el suministro se “haya realizado de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración la totalidad de su objeto” -cláusula 39 del pliego de las administrativas particulares-, lo cual no tendrá lugar hasta la recepción objeto del contrato mediante acto formal en el que se constate que

“los bienes se encuentran en buen estado y con arreglo a las prescripciones técnicas” -cláusula 40-.

Significa que “la competencia para la verificación material de la efectiva realización del suministro corresponde a la Intervención municipal, de conformidad con lo previsto en el art. 214.2.d) del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo), en el art. 20 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el Régimen Jurídico del Control Interno en las Entidades del Sector Público Local, y en la disposición adicional tercera, apdo. 3, de la LCSP”.

Respecto de la pretensión subsidiaria de anulación del pliego de prescripciones técnicas, indica que “el contratista padece el error de identificar la marca del dispositivo suministrado con los requerimientos técnicos del mismo”, y que “lo determinante del incumplimiento es la falta de conformidad del bien suministrado con las especificaciones (...) contenidas en la cláusula décima del (pliego de prescripciones técnicas)”. Añade que “la invocación” de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2021 “no resulta pertinente en el presente caso dado que, en primer lugar, la doctrina sentada en la citada sentencia se refiere a la impugnación indirecta del pliego con ocasión de la impugnación del acto de adjudicación del contrato, lo que no es el caso./ En segundo lugar, conforme a la citada jurisprudencia, la impugnación indirecta de pliegos tiene carácter excepcional y ha de interpretarse restrictivamente (...), admitiéndose únicamente en el caso de que los pliegos resulten incomprensibles o faltos de claridad al punto de que `un licitador razonablemente informado y normalmente diligente no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión´, o en el caso de concurrencia de alguno de los motivos de nulidad de pleno derecho, que en este caso el contratista ni siquiera ha identificado”.

11. Con fecha 25 de octubre de 2021, la Asesora de Intervención General y el Interventor General del Ayuntamiento de Oviedo suscriben un informe de fiscalización favorable con la propuesta de resolución contractual.

12. En este estado de tramitación, mediante escrito de 27 de octubre de 2021, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de resolución del contrato de suministro de un sistema video-finish para el Palacio Municipal de los Deportes, de Oviedo, adjuntando a tal fin copia del expediente en soporte digital.

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 de la Alcaldía del Ayuntamiento de Oviedo, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), 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”, lo que se constata en este caso.

TERCERA.- La calificación jurídica del contrato que analizamos es la propia de un contrato administrativo de suministro, resultando de aplicación el régimen jurídico sustantivo contenido en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

Conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 25 de la LCSP, los efectos, modificación y extinción de los contratos administrativos se registrarán por

dicha ley y sus disposiciones de desarrollo -destacadamente, el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP)-, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 190 de la LCSP, 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 previstos en la Ley.

La instrucción de los procedimientos de resolución contractual se encuentra sometida con carácter general a lo dispuesto en los apartados 1, 3 y 4 del artículo 191 y en el artículo 212 de la LCSP; precepto este que se remite a la regulación de desarrollo contenida en el artículo 109.1 del RGLCAP. Esta última norma sujeta la resolución del contrato al cumplimiento de los siguientes requisitos procedimentales: 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; informe del Servicio Jurídico, salvo que no resulte preceptivo atendiendo a la causa resolutoria, y dictamen del órgano consultivo que corresponda cuando se formule oposición por parte del contratista, en los términos anteriormente expuestos.

El expediente sometido a nuestra consideración da cuenta del cumplimiento de los trámites señalados, toda vez que se ha dado la preceptiva audiencia a la empresa adjudicataria y, puesto que no se propone la incautación de la garantía definitiva, cuya constitución no se había exigido, no resulta necesario otorgar trámite de audiencia a terceros; igualmente, obra

entre la documentación remitida un informe de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Oviedo emitido al amparo de lo establecido para los municipios de gran población en la disposición adicional cuarta del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el Régimen Jurídico de los Funcionarios de Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional, así como el informe de la Intervención municipal.

Se observa, sin embargo, que no se ha dado cumplimiento a la obligación de comunicar a la mercantil interesada, en los términos de lo dispuesto en el artículo 21.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), el plazo máximo legalmente establecido para la resolución -y notificación- del procedimiento, así como los efectos que pueda producir el silencio administrativo.

En cuanto a la competencia para acordar, en su caso, la resolución del contrato, conforme a lo señalado en los artículos 212 de la LCSP y 109 del RGLCAP corresponde al mismo órgano de contratación. En el caso examinado, el contrato cuya resolución se somete a nuestra consideración fue adjudicado por la Junta de Gobierno Local, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional segunda, apartado 4, de la LCSP, por lo que habrá de ser dicho órgano el que dicte la resolución que ponga fin al procedimiento.

Sin embargo, en lo que se refiere al plazo para resolver el procedimiento, hemos de advertir que concurre el obstáculo de la caducidad de lo actuado. En efecto, si bien el artículo 212.8 de la LCSP dispone que la resolución que ponga fin al procedimiento deberá dictarse y notificarse en un plazo máximo de ocho meses, a contar desde la fecha de la resolución de inicio del expediente de resolución contractual, el Tribunal Constitucional ha declarado en la reciente Sentencia 68/2021, de 18 de marzo -ECLI:ES:TC:2021:68-, que el artículo 212.8 de la LCSP no tiene carácter básico -pues como tal sería contrario al orden constitucional de competencias-, por lo que “no será aplicable a los contratos suscritos por las administraciones de las comunidades autónomas, las corporaciones locales y las entidades vinculadas a unas y otras” -fundamento jurídico 7.C.c)-. En consecuencia, a falta de una norma específica que fije un plazo para la resolución de un procedimiento administrativo no nos enfrentamos

aquí a una laguna que deba colmarse acudiendo a la legislación supletoria -a la que ha quedado reducido el plazo de 8 meses-, pues en nuestro Derecho administrativo existe una norma básica que disciplina el supuesto de que un procedimiento no tenga señalado plazo. Esa regla básica -recogida ahora en el artículo 21.3 de la LPAC- determina que cuando “las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, este será de tres meses”, y la vigencia de esta regla para los procedimientos regulados en la LCSP no ofrece duda a la vista de su disposición final cuarta, que se remite expresamente a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, en todo aquello que no merece un tratamiento singular en la normativa contractual. Así lo han interpretado también otros órganos consultivos (por todos, Dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla y León 123/2021, de 27 de abril, y 130/2021, de 20 de mayo).

Por otra parte, habiendo reconocido el Tribunal Constitucional que la concreción de un específico plazo para los supuestos de resolución contractual se incardina en el ámbito de la competencia autonómica de desarrollo de las bases, ha de advertirse que no existe ninguna disposición al respecto en nuestra Comunidad Autónoma, lo que exige al instructor de un expediente de resolución contractual, a fin de evitar la caducidad por el transcurso de este limitado plazo trimestral, una singular cautela con los plazos y el permanente recurso a las posibilidades de suspensión de los mismos que ampara el artículo 22 de la LPAC.

Por último, asumido pacíficamente que las normas adjetivas aplicables vienen determinadas por el momento en el que el procedimiento se abre -disposición transitoria tercera, apartado e) de la LPAC-, se observa que en el asunto examinado el inicio del procedimiento de resolución -29 de junio de 2021- es posterior a la fecha de publicación de la referida sentencia del Tribunal Constitucional (23 de abril de 2021), por lo que el transcurso del plazo de tres meses *ex* artículo 21.3 de la LPAC aboca a declarar la caducidad del procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25.1.b) de la referida Ley.

En consecuencia, procede declarar la caducidad del procedimiento sometido a nuestra consideración, sin perjuicio de que pueda la Administración consultante acordar la incoación de un nuevo procedimiento resolutorio en el

que, con conservación y expresa incorporación de los antecedentes y trámites de aquel que puedan mantenerse por persistir -y así declararse- su vigencia fáctica y jurídica, previa la oportuna audiencia a la adjudicataria y formulada nueva propuesta de resolución, se recabe dictamen de este Consejo.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede declarar la caducidad del presente procedimiento de resolución del contrato de suministro de un sistema video-finish para el Palacio Municipal de los Deportes, de Oviedo, adjudicado a, sometido a nuestra consulta.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE OVIEDO.