

Dictamen nº: **244/17**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **15.06.17**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 15 de junio de 2017, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente sobre resolución del contrato de suministro de agujas para el Hospital Universitario de Móstoles (lote 9) suscrito con la empresa AMEVISA S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 31 de mayo de 2017 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo procedente de la consejería de Sanidad.

A dicho expediente se le asignó el número 226/17, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (en adelante, ROFCJA).

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Ana Sofia Sánchez San Millán, quien formuló y firmó la propuesta de dictamen, que fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 15 de junio de 2017.

SEGUNDO.- Del expediente remitido, se extraen los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

1-. Mediante resolución del director gerente del Hospital Universitario de Móstoles de 6 de abril de 2016, se aprobaron los pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y de prescripciones técnicas (PTT) que habían de regir la contratación, para su adjudicación por procedimiento abierto, del suministro de agujas y jeringas dividido en 11 lotes.

Del clausulado de los pliegos interesa destacar lo siguiente:

- Según la cláusula 1 del PCAP, el objeto del contrato consiste en el suministro de agujas y jeringas, con las características que se definen en el PPTT. En concreto el lote 9 viene referido al suministro de agujas hipodérmicas.

- El apartado 14 de la cláusula 1 del PCAP establece las penalidades en caso de incumplimiento por el contratista. Concretamente en dicho apartado se previene que el centro hospitalario, en caso de incumplimiento del contratista, adquirirá directamente los bienes no suministrados al licitador que hubiese quedado segundo en la licitación o en su caso a cualquier otro, *“siendo por cuenta del adjudicatario todos los gastos que por ello ocasionen”*.

- La cláusula 18 del PCAP establece que el contrato se ejecutará con sujeción a sus cláusulas y a las del de PTT y de acuerdo con las instrucciones que para su interpretación diere la Administración al contratista a través, en su caso, del responsable del contrato. Además dispone que el contratista será responsable de la calidad de los bienes que entregue así como de las consecuencias que se deduzcan para la Administración o para terceros de las omisiones, errores o métodos inadecuados en la ejecución del contrato.

- En cuanto a las causas de resolución contractual, la cláusula 37 del PCAP se remite a los artículos 223 y 289 del TRLCSP.

2.- Tras la oportuna licitación, el lote 9 “AGUJAS” fue adjudicado a la empresa AMEVISA S.A mediante resolución del director gerente del Hospital Universitario de Móstoles de 21 de julio de 2016

3.- El contrato fue formalizado el día 27 de julio de 2016, con un precio de adjudicación de 11.956,74 euros y un plazo de ejecución de 12 meses contados desde el 1 de agosto de 2016.

En el contrato se establece que la empresa adjudicataria se obliga a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva, según necesidades de la Administración y a los precios unitarios ofertados por la empresa.

Se estipula que el pago se efectuará por cada recepción parcial y previa entrega y recepción de conformidad por la Administración.

Para responder al cumplimiento del contrato, la empresa contratista constituyó una garantía a favor del Hospital Universitario de Móstoles por importe de 752,20 euros (por la adjudicación del lote 2 y el lote 9).

4.- El 12 de marzo de 2017 la responsable de Logística y Recursos Materiales del Hospital Universitario de Móstoles emite informe en relación con diversos incidentes ocurridos con las agujas suministradas correspondientes al lote 9.

En el informe se detalla que el 1 de agosto de 2016 se inició el contrato y la empresa empezó a suministrar las agujas si bien la distribución por las unidades del centro hospitalario no tuvo lugar hasta el mes de septiembre/octubre cuando se agotaron las existencias de las anteriores. El informe añade que una vez distribuidas las agujas por las diferentes unidades se detectaron problemas en la conectividad de las agujas con las jeringas, en la activación del dispositivo de seguridad o en el manejo de la aguja durante las técnicas.

El informe continúa relatando que en el mes de noviembre se pusieron en contacto con la empresa contratista, a través de su comercial, facilitándoles el n° de lote de las agujas y las muestras defectuosas, pudiéndose comprobar que la empresa había estado suministrando unas agujas diferentes a las adjudicadas en el concurso, aclarando la empresa que habían enviado lotes incorrectos. El informe añade que se procedió a su cambio, retirándolas de todos los almacenes y que se solicitó a la empresa que diera charlas formativas a los profesionales de las distintas unidades, ya que el dispositivo de seguridad era diferente al utilizado anteriormente.

Continuando con el relato de incidentes, el informe señala que el 1 de diciembre de 2016 se comunicó a la responsable de Logística y Recursos Hospitalarios que un anestesista había sufrido un accidente de riesgo biológico al activar el dispositivo de seguridad de una aguja subcutánea.

El informe expone que a pesar del cambio de agujas, los incidentes siguieron ocurriendo, pudiendo resumir los incidentes de la siguiente manera:

“• Las agujas se manejan con dificultad, cuesta desencapucharlas, son frágiles, se rompen.

• El dispositivo de bioseguridad no cumple su función, convirtiéndose en muy inseguro: Se libera con facilidad de la aguja, cuesta activarlo, existiendo más riesgo de sufrir un accidente con material biológico al tener que manipular la aguja primero para desencapucharla y después para enroscar la aguja al sistema de bioseguridad.

• A la hora de pinchar, el dispositivo de seguridad queda hacia abajo y no da ángulo para poder realizar la técnica correctamente.

• El bisel de la aguja no está suficientemente afilado lo que ocasiona que en contacto con la piel ésta se retraiga, provoca que la técnica sea traumática y que no sea segura para el paciente ocasionando lesiones”.

El informe continúa relatando que se contactó de nuevo con el comercial de la empresa adjudicataria quien se pasó por el Servicio de Urgencias del centro hospitalario para poder comprobar que el dispositivo dificultaba la técnica. Expone que el comercial comentó que era posible girarlo y así adaptarlo a las necesidades, si bien tras intentarlo el comercial solo lo consigue "*girándolo con los dientes*", lo que el informe califica como inadmisibles.

El informe de la responsable de Logística del centro hospitalario, tras citar la ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos

Laborales; la Orden 827/2005, de 11 de mayo de la consejería de Sanidad y Consumo de la Comunidad de Madrid, por los que se establecen e implantan los procedimientos de seguridad y el sistema de vigilancia frente al accidente con riesgo biológico en el ámbito sanitario de la Comunidad de Madrid y la Orden ESS/1451/013, de 29 de julio, por la que se establecen disposiciones para la prevención de lesiones causadas por instrumentos cortantes y punzantes en el sector sanitario y hospitalario, acaba solicitando la resolución del contrato y suspensión inmediata del suministro del producto *“por considerar que pone en riesgo la seguridad del trabajador y del paciente”*.

Con el informe se adjunta un formulario fechado el 13 de marzo de 2017 relativo a la notificación de incidentes por los profesionales sanitarios dirigido a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, en el que se solicita que las agujas sean retiradas del mercado por no cumplir con los requisitos básicos y poder causar daños a los pacientes y profesionales sanitarios.

TERCERO.- 1.- Por Resolución de 14 de marzo de 2017 del director gerente del Hospital Universitario de Móstoles (en virtud de la delegación de competencias en materia de contratación por Resolución de 25 de febrero de 2011, del viceconsejero de Asistencia Sanitaria), se acordó incoar procedimiento para la resolución del contrato de suministro relativo al lote 9 por incumplimiento del contratista. Asimismo se ordenó la suspensión de la adquisición de las agujas a la contratista y la compra a otra empresa de agujas hipodérmicas que cumpliesen las condiciones establecidas en la contratación.

2.- El 28 de marzo de 2017 el jefe de grupo de Almacén General del Hospital Universitario de Móstoles certifica que tras emisión de la alarma sanitaria, en el citado almacén se han recogido 40.296 unidades de agujas hipodérmicas correspondiente al lote 9, con un

importe de 2.494,75 euros, para su devolución a la empresa contratista.

3.- Consta en los folios 48 a 53 del expediente que se confirió trámite de audiencia a la empresa contratista y al avalista en relación con la propuesta de resolución del contrato de suministro (lote 9). Como causa de resolución se invocan los apartados f) y g) del artículo 223 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre de (TRLCSF), considerando como incumplimientos el cambio de las agujas adjudicadas por otras de peor calidad durante la vigencia del contrato sin autorización previa y que introducen un elemento de peligrosidad para pacientes y profesionales. También se realiza una estimación de daños y perjuicios teniendo en cuenta los pedidos realizados, los pendientes, las agujas en stock en el almacén y los sobrecostes por adquisición a otra contratista. La valoración de los daños y perjuicios causados se estima en 6.439,47 euros que se dice se hará efectiva mediante la incautación de la garantía definitiva en su totalidad (752,20 euros) y la cantidad restante se acordará en la fase de trámite de audiencia con el contratista.

4.- Figura en el expediente el acta de la reunión celebrada el 20 de abril de 2017 entre representantes del Hospital Universitario de Móstoles y de la empresa contratista.

En el acta se hace constar que el representante de la adjudicataria manifestó su sorpresa por la iniciación de un expediente de resolución contractual y una alerta sanitaria puesto que en situaciones similares había solucionado el problema mediante negociación con el Hospital y que al ser distribuidor tenía posibilidad de suministrar otras agujas alternativas.

Según el acta, los representantes del centro hospitalario expusieron que en este caso, donde había habido accidentes causados por el mal funcionamiento del sistema de seguridad, con resultado de pinchazo a un profesional, y con la aparición de agujas con problemas en el biselado, no aptas para utilizar en punción con personas, lo que ha supuesto la emisión de una alerta sanitaria a la Agencia Española del Medicamento, no se daban condiciones posibles de negociación. Además consta en el acta que los representantes del centro hospitalario recordaron a la contratista los avisos realizados en varias ocasiones por la aparición de problemas y que procedieron a cambiar las agujas pero por otras de peor calidad así como también que las agujas suministradas desde el principio del contrato no eran iguales que las suministradas como muestra en la licitación, si bien tenían la misma referencia comercial, hecho éste que no reconoció el proveedor, aunque sí reconoció haber comprobado personalmente que algunas agujas presentaban rebaba en el biselado.

En el acta figura que el proveedor aceptó la devolución de las agujas depositadas en los almacenes y la devolución de los importes satisfechos, si bien manifestó dudas respecto al pago de la diferencia de precio respecto a las agujas compradas como alternativa a la segunda empresa posicionada en la licitación. También el representante de la contratista manifestó que habían advertido una pequeña discrepancia, que no objetivó, en cuanto al número de agujas devueltas

Según se refleja en el acta, en cuanto a la propuesta de incautación total de la fianza como manera de hacer frente de forma primera al pago de penalizaciones, el proveedor manifestó sus dudas respecto a si dicha incautación debía afectar sólo a la parte que avala al lote 9, si bien por los representantes del centro hospitalario se recordó que cuando se hizo el requerimiento de documentación previo a la formalización del contrato se pidió que se constituyeran dos

garantías, una para cada lote, lo cual fue rechazado por la empresa contratista constituyendo una única garantía para los dos lotes.

Por último queda reflejado en el acta que el representante de la empresa contratista manifestó su disposición, en caso de llegar a la finalización del expediente de resolución, de hacer frente a las penalizaciones compensando con otros productos que se le adquieren en la actualidad y que se consideraría la posibilidad de entregas a precio cero de productos vinculados a otros contratos.

5.- El día 21 de abril de 2017 la empresa contratista formuló alegaciones en las que señala que no se ha producido cambio alguno de las agujas suministradas, siendo las mismas que se han venido suministrando desde el primer momento, una vez adjudicado el contrato de suministro. Además sostiene que el expediente de resolución contractual debe quedar en suspenso en tanto no haya un pronunciamiento de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios. Añade que la empresa contratista ha venido realizando de manera regular el suministro del material aprobado en el contrato de suministro sin notificación de incidencia alguna, salvo la ahora notificada en el expediente de resolución contractual, de manera que no puede hablarse de incumplimiento esencial del contrato y más si cabe, cuando es posible, y así se ha ofrecido, la sustitución del material supuestamente perjudicado por otras unidades idénticas a las que se vienen suministrando, conforme a las características técnicas contempladas en el contrato. Como petición subsidiaria el escrito de alegaciones señala que en el supuesto de que por resolución expresa, la AEMPS confirmara la inidoneidad de los lotes del producto suministrado y se mantuviera la resolución contractual o bien la mantuviera sin esperar a dicha resolución, habría de considerarse que la cuantía de la garantía debe ser tan solo la del Lote nº 9, por importe de 659,40€. Además señala que conforme

a la cláusula 14 del PCAP la diferencia de precio, en caso de existir, que hubiese establecido en su licitación el segundo licitador, es el gasto que debería asumir la contratista y no otro distinto.

6.- Consta el folio 58 un informe aclaratorio sobre las alegaciones del contratista firmado por la responsable de Logística y Recursos Materiales del centro hospitalario en el que señala que las muestras presentadas por la empresa en el concurso y que sirvieron para valorar el producto y en consecuencia ser adjudicataria del contrato no son las mismas que las suministradas lo que se detectó al producirse los incidentes detallados en los anteriores informes. Añade que la empresa realizó la sustitución de las agujas por otras de peor calidad donde el dispositivo se sigue soltando y el bisel de la aguja no está lo suficientemente afilado como para penetrar en la piel de forma suave resultando la técnica traumática para el paciente. Por lo que se afirma que claramente se ha producido un cambio del material. Además explica que ya han sustituido en dos ocasiones los lotes de agujas no cambiando la referencia y que cualquier cambio de referencia debe ser comunicado a la Unidad de Contratación del centro hospitalario para su cambio en el contrato, lo que no se ha producido. Explica que una vez transcurridos dos meses desde la adjudicación del contrato ningún licitador está obligado a mantener su oferta, por lo que las agujas se han adquirido al segundo licitador a un precio superior. Por otro lado sostiene que las agujas devueltas estaban sin utilizar y solo sería posible saber cuáles no son válidas durante el uso. Añade que la deficiencia de las agujas hace imposible seguir utilizándolas por no cumplir los mínimos solicitados y no ser las mismas que las presentadas en el concurso. En cuanto a la posibilidad de que la empresa pueda sustituir el material suministrado se dice que ya se ha hecho y las suministradas eran de peor calidad *“lo que confiere una falta de confianza en el producto”*.

7.- El 3 de mayo de 2017 se emite certificado relativo a la no formulación de alegaciones por el avalista.

8.- Previo informe del instructor del expediente, el 4 de mayo de 2017 se formula propuesta de resolución parcial del contrato por las causas previstas en los apartados f) y g) del artículo 223 del TRLCSP, en base al cambio de las agujas adjudicadas por otras de peor calidad desde el inicio del contrato, introduciendo elementos graves de peligrosidad para pacientes y profesionales. Se estima una indemnización de daños y perjuicios por importe de 6.439,47 euros, desglosados en 2.494,75 euros correspondientes al precio satisfecho por las agujas devueltas que se encontraban en stock en el almacén y 3.944,72 euros por el sobre coste de adquisición de las agujas al nuevo proveedor, a hacer efectivo en primer lugar sobre el importe de la garantía constituida para responder del lote 9 (659,40 euros).

9.- Consta en el expediente que el 4 de mayo se acordó suspender el procedimiento para recabar el informe de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, lo que se comunicó a la empresa contratista y a la avalista.

10.- El día 12 de mayo de 2017 emitió informe el Servicio Jurídico de la Comunidad de Madrid en sentido favorable a la resolución contractual, si bien considerando que concurrían *“incumplimientos imputables al contratista, que encajan plenamente en el supuesto de la letra f, de artículo 223 del TRLCSP. Por el contrario no aparece apropiado citar el supuesto de la letra g), del mismo precepto, ya que no hubo error al definir el producto en los PPT”*.

11.- El 16 de mayo de 2017 se acordó suspender el procedimiento para recabar el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, lo que se comunicó a la empresa contratista y a la avalista.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, conforme al cual: *“3. En especial, la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: (...) d. Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de contratos del sector público”.*

La solicitud de dictamen formulada por el viceconsejero de Sanidad por delegación del consejero (Orden 934/2015, de 5 de octubre, BOCM 15 de octubre), órgano legitimado para ello en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18.3.a) del ROFCJA se formula con carácter urgente, de acuerdo con el artículo 23.2 ROFCJA, si bien no se expone ninguna razón justificativa de la urgencia que se invoca.

Sobre la solicitud de dictamen con carácter urgente, esta Comisión Jurídica Asesora ya ha manifestado en anteriores dictámenes (así el Dictamen 332/16, de 21 de julio y el Dictamen 153/17, de 11 de abril, entre otros) que el plazo de urgencia previsto en el artículo 23.2 del ROFJCA, debe ponerse en relación con el artículo 33.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante,

LPAC), que de manera idéntica al artículo 50.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común(LRJ-PAC) señala que:

“Cuando razones de interés público lo aconsejen se podrá acordar, de oficio o a petición del interesado la aplicación al procedimiento de la tramitación de urgencia, por la cual se reducirán a la mitad los plazos establecidos para el procedimiento ordinario, salvo los relativos a la presentación de solicitudes y recursos”.

La tramitación urgente debe acordarse al inicio del procedimiento y la reducción de plazos afectar a todos los trámites del procedimiento, lo que no se ha producido en el presente caso.

A propósito de la urgencia en la solicitud de Dictamen, el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en su Dictamen 233/2015, de 6 de junio, declaraba que *“la urgencia prevista en el artículo 16.2 LCC – hoy, debe entenderse hecha esta referencia al artículo 23 del ROFCJA- es de carácter objetivo y ha de ser invocada con carácter excepcional, pues la garantía de la legalidad y el acierto de la decisión administrativa a la que contribuye este órgano consultivo -según reza el preámbulo de su Ley reguladora- precisa de un análisis sosegado y reposado”.*

No obstante lo que hemos expuesto, el dictamen ha sido evacuado dentro del plazo de urgencia establecido en el artículo 23.2 del ROFCJA, aun cuando no se cumplen los requisitos para su emisión urgente.

SEGUNDA.- El contrato se adjudicó por Resolución de 21 de julio de 2016, del director gerente del Hospital Universitario de Móstoles por lo que resulta de aplicación el Texto Refundido de la Ley de

Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP).

Por lo que se refiere al procedimiento de resolución contractual, habrá que estar a lo dispuesto en la normativa vigente en el momento de su inicio, que como hemos expuesto fue por Resolución de 14 de marzo de 2017, lo que supone la aplicación, en el caso analizado, del TRLCSP, en particular de sus artículos 211 y 225.3. Con carácter supletorio, a tenor de la disposición final tercera, apartado 1, del mismo TRLCSP, se aplicarán los preceptos de la LPAC y normas complementarias. Además, ante la falta de desarrollo reglamentario en el aspecto objeto de estudio de las disposiciones vigentes en materia de contratación del sector público, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), referido específicamente al *“procedimiento para la resolución de los contratos”*.

En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en el artículo 210 TRLCSP, a cuyo tenor *“dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, (...) acordar su resolución y determinar los efectos de ésta”*.

El artículo 211.1 TRLCSP requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista. Además debe tenerse en cuenta el artículo 109 del RGCAP, que exige la audiencia al avalista o asegurador *“si se propone la incautación de la garantía”*. Por otro lado el apartado tercero artículo 211 dispone que será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación,

nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista.

De acuerdo con la normativa expuesta resulta que, en nuestro caso, se ha dado audiencia al contratista el cual, mediante escrito de 21 de abril de 2017, ha manifestado su oposición a la resolución contractual proyectada, lo que hace preceptivo el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora. Del expediente examinado resulta que se propone la incautación de la garantía, por lo que se ha dado también audiencia al avalista.

Resulta del expediente examinado que se ha emitido informe por el Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 109 del RGLCAP. A pesar de que ese informe se ha emitido con posterioridad al trámite de audiencia, en cuanto que no introduce ningún hecho nuevo que pueda causar indefensión a la empresa contratista, debe considerarse correctamente cumplimentado el trámite de audiencia respecto a dicho informe, de acuerdo con la doctrina seguida por esta Comisión Jurídica Asesora (dictámenes 142/16, de 2 de junio y 516/16, de 17 de noviembre) así como por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (dictámenes 331/11, de 22 de junio, 374/11, de 6 de julio, 604/11, de 2 de noviembre y 410/13, de 25 de septiembre, entre otros).

Lo mismo cabe decir respecto al informe de 28 de abril de 2017 emitido por la responsable de Logística y Recursos Materiales del centro hospitalario, en el que se da contestación a las alegaciones de la empresa contratista pero incidiendo en argumentaciones que se han puesto de manifiesto a lo largo del procedimiento, sin introducir datos nuevos que puedan causar indefensión a la adjudicataria.

Resta considerar la cuestión relativa al plazo para resolver el expediente de resolución del contrato. Puesto que la legislación de

contratos no establece un plazo específico, hay que acudir a la normativa reguladora del procedimiento administrativo. En nuestro caso, dado que el expediente se ha iniciado después de la entrada de vigor de la LPAC, según su disposición transitoria tercera, resulta de aplicación el plazo general de tres meses previsto en el artículo 21.3 LPAC, a contar desde el acuerdo de inicio del expediente.

En el presente expediente, el inicio del mismo tuvo lugar el 14 de marzo de 2017, y se ha hecho uso de la facultad de suspender el procedimiento, establecida en el artículo 22.1 d) de la LPAC, el día 16 de mayo de 2017, para solicitar el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora, lo que consta haberse comunicado a la empresa contratista y al avalista, por lo que a la fecha de la emisión del dictamen el procedimiento no ha caducado.

TERCERA.- Una vez analizado el procedimiento, debemos estudiar si concurre o no causa de resolución del contrato. El Hospital Universitario de Móstoles aduce que las agujas suministradas por la adjudicataria no cumplen los requisitos mínimos solicitados y son distintas a las muestras aportadas a la licitación y que sirvieron de base para la adjudicación del contrato a la empresa contratista. Además se alega que el material suministrado pone en riesgo la seguridad de los trabajadores del centro hospitalario y de los pacientes, lo que ha motivado que se haya hecho una notificación de los incidentes ocurridos con las agujas suministradas a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios solicitando que dichas agujas sean retiradas del mercado por no cumplir los requisitos básicos y poder causar daños a los pacientes y al personal sanitario.

Se invocan como causas de resolución contractual las previstas en los apartados f) y g) del artículo 223 del TRLCSP (*“el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”* y *“imposibilidad de ejecutar la*

prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I”).

Esta Comisión Jurídica Asesora, al igual que el Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad, considera que de la argumentación ofrecida para fundamentar la resolución contractual no se infiere en modo alguno la infracción que se postula del apartado g) del artículo 223 del TRLCSP, pues de ninguna manera el fundamento para proceder a la resolución en este caso se halla en que el contrato no pueda ser cumplido en la forma prevista en los pliegos que rigen la licitación o que de cumplirse en la forma prevista en dichos pliegos se pueda causar una lesión grave al interés público, sino que al contrario, considerándose que el contrato debe ser cumplido en la forma descrita en los pliegos se considera que ha habido un incumplimiento por parte del contratista al entregar un suministro con unas características distintas a las que rigen la licitación y de las que sirvieron para acreditar la solvencia del producto a suministrar.

Por lo expuesto consideramos que por la argumentación ofrecida por la Administración consultante debemos analizar si concurre, en este caso, causa para la resolución contractual al amparo de lo previsto en el apartado f) del artículo 223 del TRLCSP, rechazándose la aplicación al caso de la causa prevista en el apartado g) de dicho artículo.

Como es sabido, el artículo 292.1 del TRLCSP dispone en relación con el contrato de suministro 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*”. En consonancia con lo establecido en la ley, en este caso, el artículo 18 del PCAP establece que “*El contrato se ejecutará*

con sujeción a las cláusulas del presente pliego y a las del de prescripciones técnicas particulares y de acuerdo con las instrucciones que para su interpretación diere la Administración al contratista a través, en su caso, del responsable del contrato. El contratista será responsable de la calidad de los bienes que entregue así como de las consecuencias que se deduzcan para la Administración o para terceros por las omisiones, errores o métodos inadecuados en la ejecución del contrato”.

De la documentación examinada se desprende que desde fecha temprana se advirtieron deficiencias en el material suministrado. Tal y como hemos recogido en el relato de los hechos, en el informe de la responsable de Logística y Recursos Materiales del Hospital Universitario de Móstoles queda reflejado que desde que se inició la utilización de las agujas, objeto del suministro, en los meses de septiembre y octubre de 2016 se detectaron problemas en la conectividad de las agujas con las jeringas, en la activación del dispositivo de seguridad y en el manejo de las agujas durante las técnicas. Ya en el mes de noviembre de 2016 los representantes del centro hospitalario se pusieron en contacto con la empresa contratista, que procedió a sustituir las agujas, retirándolas de los almacenes hospitalarios, extremo que es reconocido por la empresa contratista en el acta suscrito el día 20 de abril de 2017, si bien niega que se sustituyeran por otras de peor calidad como aduce el centro hospitalario aunque tal y como se refleja en la mencionada acta el propio proveedor reconoció haber comprobado algún defecto en las agujas suministradas (rebaba en el biselado). También consta en el informe que a pesar de la sustitución de las agujas siguieron produciéndose incidentes. Así el 1 de diciembre de 2016 un anestesista sufrió un accidente de riesgo biológico al activar el dispositivo de seguridad de una aguja subcutánea. Se incide sobre la ocurrencia de otros incidentes motivados por la mala calidad del material suministrado: las agujas son frágiles, cuesta descapucharlas,

el dispositivo de bioseguridad es muy inseguro (cuesta activarlo) y además no da ángulo para realizar la técnica correctamente y el bisel de la aguja no está suficientemente afilado, lo que provoca que la técnica sea traumática y que no sea segura para el paciente.

La gravedad de los incidentes ocurridos ha llevado al centro hospitalario a efectuar la notificación a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, prevista en el artículo 32 del Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios, dando cumplimiento a la obligación, impuesta en el citado artículo a los profesionales sanitarios, de notificar, tan pronto tengan conocimiento de ello *“cualquier funcionamiento defectuoso o alteración de las características o de las prestaciones del producto, así como cualquier inadecuación del etiquetado o de las instrucciones de utilización que pueda dar lugar o haya podido dar lugar a la muerte o al deterioro grave del estado de salud de un paciente o de un usuario”*.

Frente a lo aducido por el centro hospitalario la empresa contratista se muestra de una manera claramente contradictoria pues si bien en el acta levantada el 20 de abril de 2017 el representante de la empresa reconoce la existencia de ciertos defectos en el material suministrado, lo que motivó que aceptara el cambio de las agujas suministradas por otras, sin embargo en fase de alegaciones niega tales extremos hasta el punto de afirmar que no se le ha comunicado en momento anterior al inicio del expediente de resolución contractual notificación de incidencia alguna.

De lo expuesto hasta ahora no cabe considerar que el contrato esté debidamente ejecutado como sostiene la empresa contratista, pues como establece el artículo 222.1 del TRLCSP: *“El contrato se entenderá cumplido por el contratista cuando éste haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la*

Administración la totalidad de la prestación”, y en este caso, según se desprende del expediente examinado, el contratista no ha realizado el suministro a satisfacción de la Administración y, en consecuencia, no puede quedar exento de responsabilidad por razón del bien suministrado pues la Administración le ha venido poniendo de manifiesto los vicios y defectos de las agujas suministradas, como la propia contratista, a través de un representante, reconoció en el acta levantada el 20 de abril de 2017.

Así las cosas, no cabe duda que resulta procedente la resolución contractual por causa imputable al contratista, pues conforme a lo dispuesto en el artículo 292.1 del TRLCSP, es obligación del contratista *“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”,* y en este caso, dicha obligación resulta claramente incumplida por la empresa suministradora, pues a tenor de los informes técnicos y la documentación que obran en el expediente, las agujas suministradas no se ajustan a las especificaciones técnicas establecidas en los pliegos y son de peor calidad que las muestras aportadas por la empresa para acreditar su solvencia en fase de selección del contratista, y además a lo largo de la vida del contrato, se han manifestado como no aptas para cumplir el fin para el que fueron adquiridas.

Por otra parte, no resulta necesario esperar a que la notificación de la incidencia sobre la seguridad de las agujas sea resuelta por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios para proceder a la resolución contractual como sostiene la adjudicataria, pues el hecho mismo de que las agujas suministradas no cumplan las especificaciones técnicas del pliego y que sean de peor calidad que las muestras aportadas por la empresa para acreditar su solvencia es por sí misma causa suficiente para la resolución contractual, sin perjuicio de que posteriormente pudieran ser retiradas del mercado por la falta

de seguridad para los pacientes y para los profesionales sanitarios que aduce el centro hospitalario.

El incumplimiento de la contratista puede ser incardinado en el artículo 223.f) del TRLCSP. Es cierto que en este caso no aparece consignado expresamente en los pliegos o en el contrato que la adecuación de los bienes suministrados a las especificaciones técnicas sea una obligación esencial cuyo incumplimiento pueda dar lugar a la resolución contractual, como exige el artículo 223 en su apartado f). Ahora bien cómo hemos señalado en anteriores dictámenes de esta Comisión, la falta de previsión expresa no puede ser obstáculo para que proceda la resolución por incumplimiento si éste es sustancial y de tal gravedad que supone un incumplimiento del objeto mismo del contrato, lo que acontece en el caso que nos ocupa.

En este sentido, se ha pronunciado esta Comisión Jurídica Asesora (así el Dictamen 564/16, de 22 de diciembre) haciéndonos eco de la doctrina del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, entre otros, en su Dictamen 403/13, de 25 de septiembre y en el Dictamen 631/11, de 16 de noviembre de 2011, en el que señalaba:

«El informe del Servicio Jurídico recoge como causa de resolución el artículo 206.g) LCSP (en la redacción originaria de dicha Ley) "El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato", causa de resolución que se asume por el Director Gerente en su segundo escrito de audiencia al contratista y que por tanto hemos de estimar que es la que de forma definitiva se aduce por la Administración para fundamentar la resolución, siendo la obligación esencial incumplida el suministro de jeringas que no se correspondían con las muestras aportadas en el procedimiento de adjudicación y con defectos que las hacían inservibles para el fin

pretendido dada su falta de calidad y su funcionamiento defectuoso.

Una primera dificultad nos encontramos para aplicar la grave consecuencia de la resolución contractual y es que, en este caso, no figura expresamente consignado, ni en los pliegos ni en el contrato, el suministro de jeringas conforme las especificaciones técnicas previstas en el pliego como una obligación esencial cuyo incumplimiento pueda dar lugar a la resolución contractual. No obstante ello, en atención a las desfavorables consecuencias que para el interés general se podrían derivar de una interpretación estricta de la norma que impidiese la resolución ante incumplimientos de obligaciones esenciales, por el hecho de una defectuosa elaboración de los pliegos o del contrato, hemos de concluir la posibilidad de resolver en tales circunstancias. Así se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en Informe 12/2011, de 12 de septiembre, considerando que la no constancia en los pliegos o en el contrato del carácter esencial de las obligaciones incumplidas impide la resolución automática al amparo del artículo 206 f) LCSP, si bien añade que: "Lo anterior no es obstáculo para que proceda la resolución por incumplimiento del contratista si, como exige la jurisprudencia, el incumplimiento es grave y de naturaleza sustancial (STS 29 mayo 2000). Si bien la resolución por incumplimiento de obligaciones esenciales, calificadas como tales en los pliegos o el contrato, podría ser apreciada de forma automática, en tanto que en resoluciones por incumplimientos graves del contratista, corresponde a la Administración, motivando su decisión, identificar y calificar dichos incumplimientos"».

Por otro lado, frente a la resolución contractual que postula el centro hospitalario, la adjudicataria solicita que se acepte la

sustitución del material suministrado, posibilidad prevista en la cláusula 35 del PCAP como un derecho de la Administración a exigir al contratista que reponga los bienes inadecuados, cuando se acredite la existencia de vicios o defectos en los bienes suministrados. Sin embargo, en este caso, consta que la Administración ya hizo uso de esta facultad, existiendo un cambio en las agujas suministradas que según los informes que obran en el expediente resultaron ser de peor calidad aún que las inicialmente suministradas. La persistencia en las deficiencias del material suministrado según resulta del expediente, unido a la actitud de la empresa que niega la defectuosa calidad del producto y manifiesta su voluntad inequívoca en seguir suministrando las agujas que el centro hospitalario rechaza, por no adecuarse a las especificaciones técnicas y su falta de seguridad para los profesionales sanitarios y para los pacientes, nos obliga a considerar acertada la postura de la Administración de no admitir la sustitución de los bienes suministrados como alternativa a la resolución contractual.

CUARTA.- En cuanto a los efectos de la resolución, a tenor de lo establecido en el artículo 300 del TRLCSP la resolución del contrato de suministro lleva aparejada " *la recíproca devolución de los bienes y del importe de los pagos realizados, y, cuando no fuera posible o conveniente para la Administración, habrá de abonar ésta el precio de los efectivamente entregados y recibidos de conformidad*" por lo que en este caso, resultando procedente conforme a lo expuesto la resolución por incumplimiento imputable al contratista, no cabe duda que este es uno de los efectos que lleva aparejada la resolución y como tal se recoge en la propuesta formulada por la Administración consultante por el importe de 2.494,75 euros correspondientes al precio satisfecho por las agujas devueltas.

Por otro lado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 225.3 del TRLCSP "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”.

En este caso el centro hospitalario cuantifica el importe de los daños y perjuicios sufridos en la cantidad de 3.944,72 euros correspondientes al sobrecoste que le ha supuesto tener que adquirir las agujas de la empresa que quedó segunda en la licitación, posibilidad prevista en la cláusula 14 del PCAP. En un caso similar señala la Sentencia de 23 de enero de 2017 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (recurso 515/15) *“lo cierto es que igualmente habría de asumir la recurrente el sobrecoste pues tal segundo suministro no obedece en ningún caso a la voluntad de la Administración, que precisamente no había adjudicado el contrato a la segunda empresa, sino a la recurrente, por lo que el suministro por parte de la segunda empresa viene impuesto exclusivamente por la conducta incumplidora de la actora, de manera que no cabe hablar de enriquecimiento sin causa”.*

En consonancia con lo dispuesto en el citado artículo 225.3 del TRLCSP la propuesta propone que la indemnización se haga efectiva sobre la garantía constituida por importe de 659,40 euros, que es la cantidad correspondiente al lote 9 adjudicado, subsistiendo la responsabilidad del contratista en el importe que excede de la garantía, respecto al que se previene el ingreso en metálico a favor de la Administración.

En mérito a lo que antecede, esta Comisión Jurídica Asesora extrae la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato de suministro de agujas (lote 9) para el Hospital Universitario de Móstoles, por incumplimiento del contrato imputable a la empresa contratista, con los efectos previstos en el cuerpo de este dictamen.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 15 de junio de 2017

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 244/17

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid