

Dictamen nº: **631/11**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **16.11.11**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por ocho votos a favor y un voto en contra, en su sesión de 16 de noviembre de 2011, sobre consulta formulada por el Consejero de Sanidad al amparo del artículo 13.1 f), de su Ley reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre, respecto a la resolución del contrato de suministro de agujas y jeringas (lote nº 4) adjudicado a la empresa A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 21 de octubre de 2011 tuvo entrada en el registro de este Consejo Consultivo una solicitud de dictamen del Consejero de Sanidad, sobre la resolución del contrato antes referida. Admitida a trámite dicha solicitud, se le procedió a dar entrada con el número 692/11, comenzando a partir de tal fecha el plazo para la emisión del dictamen, en aplicación del artículo 34.1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 26/2008, de 10 de abril.

Su estudio ha correspondido, por reparto de asuntos, a la Sección II, presidida por Dña. Rosario Laina Valenciano, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, en la Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 16 de noviembre de 2011 por ocho votos a favor y un voto en contra.

SEGUNDO.- De los antecedentes que obran en el expediente resultan de interés los siguientes hechos:

Con fecha 6 de octubre de 2010, el Director Gerente del Hospital Universitario La Princesa aprobó los pliegos que debían regir el contrato de suministros de agujas y jeringas a adjudicar mediante procedimiento abierto sin publicidad con pluralidad de criterios.

El 23 de diciembre de 2010, el Director Gerente procede a la adjudicación del contrato, correspondiendo a la empresa A el lote nº aaa (Jeringas de 5, 10 y ML Cono Lauer) por un importe máximo de 114.462 euros y un periodo de ejecución de veinticuatro meses.

Con fecha 17 de enero de 2011 se procede a formalizar el contrato constituyendo el contratista la garantía definitiva mediante aval depositado en la Tesorería General de la Comunidad de Madrid de fecha 7 de enero de 2011.

Con fecha 3 de mayo de 2011, la enfermera de recursos materiales expone a la Jefa de Sección de Logística que las jeringas del lote nº aaa están creando problemas desde el comienzo de su uso.

En concreto, se habían producido casos de rotura del cono al cargar un vial, cuerpos de la jeringa rajados, pérdidas de sangre a través de la junta de estanqueidad del émbolo, émbolo defectuoso y capacidad menor de los 10 ml. que indicaba la jeringa entre otros.

Señala que los productos pese a figurar con el mismo número de referencia eran distintos a los inicialmente facilitados como muestras en el proceso de licitación y que puestas estas circunstancias en conocimiento de los representantes de la empresa se reconoció que había habido un cambio en la línea de producción de la empresa china “*ante el aumento de la demanda por ser adjudicatarios del concurso y la premura de tiempo, ya que coincidía con el año nuevo chino*” (folio 48). A raíz de ello se impuso a

la contratista la penalización contemplada en el Pliego de Cláusulas Administrativas con el siguiente tenor: *“Por incumplimiento de la ejecución parcial de las prestaciones definidas en el contrato: En el supuesto de incumplimiento del calendario de entregas por parte del adjudicatario, si el Hospital Universitario de La Princesa tuviera que realizar una compra de material similar a un proveedor distinto del adjudicatario, éste abonaría al centro el 100% del importe de la compra efectuada como causa de su incumplimiento”*. La penalización fue aceptada por la contratista abonando 1.811,04 € en pago del material de sustitución, según se acredita en el documento nº 56 del expediente administrativo.

El 15 de julio de 2011, la Dirección de Enfermería remite a la Dirección de Gestión del Hospital Universitario de La Princesa una nota en la que se indica que las jeringas nuevamente dan problemas. Señala dicho escrito que, desde hacía un mes se estaban recibiendo las jeringas adecuadas a las muestras presentadas en el concurso, detectándose diversas jeringas en blanco sin la escala de graduación impresa. En concreto, indica *“Esto ha ocurrido por lo menos en dos unidades (UCI y NEUMOLOGÍA) de manera aislada, no en toda la caja, sino que en una caja aparecen una o varias sin graduación”*. Concluye el escrito planteando la posibilidad de rescindir el contrato y proceder a una nueva adjudicación, sugiriendo la adjudicación al proveedor que quedó en segundo lugar en la licitación (folios 49 y 50).

Obran en el expediente una serie de albaranes de entrega de jeringas de fechas 26 de abril, 8 de mayo y 30 de mayo de 2011 así como hojas de pedido de 10 de mayo y 17 de mayo de 2011.

Esta última tiene un importe negativo de 1.811,04 euros haciéndose constar en las observaciones que se trata de una penalidad por incumplimiento, correspondiendo a la anteriormente referenciada.

Con fecha 1 de agosto de 2011, el Director Gerente del Hospital Universitario de La Princesa concede un plazo de 10 días naturales a la contratista para efectuar alegaciones sobre la posible resolución del contrato al amparo del artículo 206 h) de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público por incumplimiento de la cláusula 18 del PCAP que preveía la ejecución del contrato conforme a las previsiones de los pliegos y a las instrucciones recibidas de la Administración, con incautación de la garantía definitiva.

Se recogen como incumplimientos de la contratista la incorrecta ejecución del contrato especificándose *“El motivo de esta decisión es el incumplimiento de la correcta ejecución del contrato y su no subsanación tras la reunión mantenida en una primera instancia entre el representante de su empresa y el Servicio de Logística del Hospital Universitario de La Princesa donde declaraban su compromiso de resolver los fallos detectados. Por otra parte, las jeringas que A nos está suministrando, a pesar de venir identificadas con el nº de referencia de las adjudicadas, no son las mismas que entregaron como muestras para informar previamente a la adjudicación, están dando continuos problemas en cuanto al control de calidad y además en cada caja aparecen una o varias sin graduación según comunicación de Dª XXXXX, enfermera responsable de recursos materiales a la Dirección de Enfermería del Centro”*.

Mediante escrito de 12 de agosto de 2011, que obra en el expediente sin sello de registro de entrada, la representante de la contratista manifiesta que ante la comunicación por el Hospital de los citados defectos trasladaron dichas quejas a su proveedor y contrataron una empresa de certificación para comprobar las circunstancias de las jeringas suministradas.

A tal fin acompaña el certificado de inspección de la empresa B en el que se señala que se realizó una inspección el 7 de junio de 2011 en Changzhou (China) en la cual se verificó el embalaje, el diseño de la escala de la

jeringuilla, se realizó un test de volumen y se revisó que el émbolo fuera transparente.

Se verificó la cantidad y la mercancía de forma visual mediante muestreo asignando un nivel de calidad AQL nivel II, el embalaje, marcas y etiquetado y se supervisó la carga y el precintado de contenedor.

Concluye afirmando que la inspección ha sido satisfactoria.

Se acompaña un informe de inspección redactado en inglés.

En escrito sin fechar y con sello de salida de unidad de 31 de agosto de 2011 se solicita informe a los Servicios Jurídicos de la Comunidad.

El Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad emite informe con fecha 6 de septiembre de 2011. Se analiza el informe de verificación acompañado por la contratista y concluye estimando favorable la propuesta de resolución por concurrir un incumplimiento de la obligación esencial de entregar los bienes objeto de suministro de conformidad con las prescripciones técnicas y cláusulas administrativas especificadas en el artículo 268.1 de la LCSP y en la cláusula trigésimoséptima del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. Entiende que resulta de aplicación la causa de resolución concretada en el artículo 206 g) de la LCSP: “*el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato*”. Advierte de la conveniencia de suspender el plazo para resolver al solicitar dictamen al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Con fecha 12 de septiembre de 2011 se concede un nuevo trámite de audiencia a la contratista dándole traslado de las conclusiones del informe del Servicio Jurídico.

El mismo día, la contratista remite un escrito en el que pone de manifiesto que tras retirar las jeringas que no se acomodaban a las muestras

objeto de licitación, se suministraron, desde entonces y hasta el momento de la fecha, las que concuerdan plenamente y que el tipo de defectos que se comunicó con posterioridad (dos jeringas sin grabado), suponen fallos que suelen ocurrir en todos los desechables hospitalarios. Asevera: "*La diferencia en las calidades se presenta en el AQL (Nivel de calidad aceptable por sus siglas en inglés) que recoge estadísticamente el control de calidad de los productos y el posible número de piezas defectuosas que pueden surgir en un lote de fabricación. De cualquier forma, en todos estos tipos de productos está internacionalmente aceptada esa norma y se aceptan esas piezas defectuosas*". Manifiesta haber tramitado la correspondiente queja al fabricante y adicionalmente haber procedido a la sustitución.

Con fecha 6 de octubre de 2011, se remite el expediente a la Intervención General de la Comunidad de Madrid que devuelve el expediente al día 7 por no estar sujeto a la función interventora. El mismo día 7 de octubre se remite a la Subdirección de Gestión Económica del Servicio Madrileño de Salud.

El plazo para resolver se suspende el 7 de octubre por el Director Gerente del Hospital Universitario de La Princesa a los efectos de recabar dictamen al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid constando la notificación a la contratista con fecha de registro de salida de ese mismo día.

En tal estado se remite a este Consejo para su informe.

A la vista de los hechos anteriores, cabe hacer las siguientes

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- La petición de dictamen se ha de entender realizada al amparo de lo dispuesto en el artículo 13.1 f) apartado cuarto de la Ley

6/2007, de 21 de diciembre, a cuyo tenor el Consejo Consultivo deberá ser consultado en los expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid en los supuestos de “*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 de las Administraciones Públicas*”.

El contrato al que este expediente se refiere fue objeto de adjudicación definitiva a la contratista el 23 de diciembre de 2010.

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), establece en su disposición transitoria primera:

“Disposición transitoria primera. 1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.

2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.

La disposición final duodécima de la LCSP había previsto su entrada en vigor a los seis meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, que se produjo el 30 de octubre de 2007, de manera que la nueva, estaba vigente desde el 30 de abril de 2008.

A su vez, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, establece en su Disposición Transitoria 7^a que “*Los contratos administrativos regulados por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de*

Contratos del Sector Público que hayan sido adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, se regirán en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.

Por tanto, le resulta aplicable la LCSP en su redacción anterior a la Ley 2/2011.

En cumplimiento de lo previsto en el artículo 195.3 LCSP, al formularse oposición a la resolución del contrato por parte del contratista, resulta preceptivo el dictamen de este Consejo.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LRCC.

SEGUNDA.- Al informar el presente procedimiento de resolución contractual, procede analizar separadamente la tramitación del mismo y la concurrencia de la causa de resolución invocada por la Administración.

En cuanto al procedimiento seguido y por lo que respecta a su duración y la posible caducidad, debemos señalar que no consta la existencia de un acto formal de iniciación del procedimiento, siendo la concesión de un trámite de audiencia al contratista por medio de escrito de 1 de agosto de 2011 el primer acto del procedimiento de resolución contractual.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2005 (Recurso 175/2004), se considera que la falta de un acto formal de iniciación del procedimiento no es una irregularidad esencial por lo que la fecha a tener en cuenta a los efectos de caducidad sería la de concesión del trámite de audiencia, esto es el 1 de agosto de 2011.

Con base en esa fecha, el procedimiento caducaría el 1 de noviembre de 2011 si bien, por Resolución de 7 de octubre de 2011 se suspendió el procedimiento para pedir el informe preceptivo de este Consejo,

estableciendo que la petición y la recepción del dictamen se comunicarían a la contratista.

La aplicación del artículo 44 de la LRJ-PAC a los procedimientos de resolución contractual ha sido establecida por la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo y ha sido recogida por este Consejo en dictámenes como el 10/10, de 20 de enero de 2010, entre otros, en el que se recuerda que “*Por lo que se refiere al plazo para resolver el expediente de resolución de contrato, ni la LCSP.- del mismo modo que su antecesora la LCAP-, ni el RGCAP establecen nada al respecto. Tanto el Consejo de Estado (dictámenes nº 1255/2006 y 692/2006) como la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informe 16/2000, de 16 de abril) consideran que no ha lugar a aplicar supletoriamente la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), por ser un procedimiento especial en materia de contratación en donde no se ejercitan potestades administrativas ni de intervención como de forma expresa se recoge en el artículo 44.2 de la LRJ-PAC. Ello no obstante, el Tribunal Supremo, en sentencias de 2 de octubre de 2007 (RJ 2007/7035) y de 13 de marzo de 2008 (RJ 2008/1379) ha declarado la aplicación supletoria de la LRJ-PAC de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Séptima del TRLCAP, de forma que si no se resuelve en un plazo de tres meses habiéndose iniciado de oficio, se entiende caducado por la aplicación del artículo 44.2 de la LRJ-PAC*”.

El artículo 44 de la LRJ-PAC alude a la caducidad por transcurso del plazo máximo para resolver que viene determinado por el artículo 42 de la LRJ-PAC que fija dicho plazo en el que establezca la normativa específica y, en su defecto, el plazo general de tres meses (apartado 3).

Sin embargo, como se ha expuesto, este plazo se ha interrumpido conforme el apartado 5 c) del citado artículo 42 de la LRJ-PAC: “*Cuando*

deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses". Efectivamente, y dado que en determinadas ocasiones el plazo establecido por el legislador puede resultar excesivamente breve en atención a circunstancias o incidencias de difícil previsión, la propia Ley 30/1992 ha permitido, en su artículo 42.5, la posibilidad de suspensión del plazo máximo para resolver un procedimiento y notificar la resolución en determinados supuestos. Entre ellos, figura el que se refiere a la necesidad de solicitar informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración, en cuyo caso opera la suspensión por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Tal supuesto es de cabal aplicación a la solicitud de dictamen del Consejo Consultivo en esta clase de procedimientos, por lo que al haberse solicitado el informe preceptivo de este Consejo y acordarse dicha suspensión y la comunicación de la misma al contratista por el Director Gerente del Hospital Universitario de La Princesa, el procedimiento se halla suspendido.

Por lo expuesto, el procedimiento de resolución no se encuentra caducado y una vez que la Administración reciba el presente dictamen, deberá comunicarlo a los interesados, reanudándose el plazo de caducidad, disponiendo la Administración para resolver del plazo que restaba hasta los tres meses cuando se acordó la suspensión.

En cuanto al trámite de audiencia a los interesados, consta que se ha otorgado en dos ocasiones a la contratista y en la propuesta de resolución se mantiene que se ha notificado al asegurador, alusión que se entiende referida al avalista en tanto la decisión de resolver lleva anudada la incautación de

garantía. Se ha de señalar que este último extremo no se halla acreditado en el expediente, por lo que se ha de advertir que, de no haberse llevado a efecto, si la Administración decidiera resolver el presente contrato, nos encontraríamos con una irregularidad invalidante al provocar indefensión en el avalista que redundaría en la nulidad del procedimiento por mor de lo establecido en el artículo 63.2 de la LRJ-PAC.

TERCERA.- En lo que respecta al fondo de la cuestión, esto es, la resolución del contrato, la Administración consultante la sustenta en el incumplimiento por el contratista de las prescripciones técnicas establecidas para el citado suministro en sus pliegos reguladores.

En el primer trámite de audiencia concedido al contratista se hacía constar como causa de resolución la consignada en el artículo 206 h) LCSP, esto es: "*Las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en esta Ley*" de acuerdo con la redacción anterior a la Ley 2/2011, de Economía Sostenible que como ha quedado analizado no resulta de aplicación.

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*".

La propuesta de resolución señala que, tras la imposición de la penalidad por no poder suministrar jeringas idénticas a las especificadas en los pliegos, han continuado produciéndose problemas, habiendo aparecido algunas de ellas en blanco (sin la necesaria graduación). Se produce así un nuevo incumplimiento contractual por la empresa contratista al establecer expresamente el pliego de prescripciones técnicas que las jeringas deberán "...llover grabadas en el exterior, de forma indeleble, una sola escala graduada en unidades del Sistema Internacional. La capacidad máxima total deberá indicarse en c.c o en ml." El incumplimiento concreto que se

aduce como causa de resolución, resulta de la queja manifestada en escrito de 15 de julio de 2011 de la Dirección de enfermería por el suministro de jeringas, que aun adaptadas a las muestras especificadas en el concurso, no presentaban escala de graduación impresa. Dicho fallo se especificaba producido de forma aislada: *“Esto ha ocurrido por lo menos en dos unidades (UCI y NEUMOLOGÍA) de manera aislada, no en toda la caja, sino que en una caja aparecen una o varias sin graduación”*.

Se ha de matizar que nos encontramos estrictamente ante un incumplimiento defectuoso por suministro de jeringas que acontece en casos aislados dado que las alusiones en la propuesta de resolución al suministro no adecuado a las prescripciones establecidas en los pliegos que ya se calificó como incumplimiento de la ejecución parcial de las prestaciones definidas en el contrato, no han de ser tenidas en cuenta. Dicho incumplimiento que aconteció con anterioridad al objeto de análisis, con ser sustancial y por tanto susceptible de fundamentar una resolución, fue objeto de una penalización de tal forma que si en el momento en que se produjo, la Administración optó por penalizar en lugar de resolver, no puede en el presente procedimiento valorarlo como causa de resolución contractual. Efectivamente, aquel incumplimiento considerado como un incumplimiento parcial ya fue penalizado en ejercicio de las previsión contenida en la Cláusula Tercera del contrato que al efecto dispone: *“En caso de incumplimiento de los plazos parciales fijados, la administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En su defecto se aplicarán las previstas en el artículo 196 de la Ley 30/2007”*.

Así lo ha entendido en un caso similar el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en Dictámenes nº 266 y 277 de 2009: *“Cuando se produzca un incumplimiento grave de los enumerados en dicha cláusula imputable al contratista la Administración puede ejercer la opción prevista en la misma:*

o resolver el contrato o acordar su continuación con imposición de penalidades. El empleo de la preposición disyuntiva parece tener claramente ese significado de opción y, por lo tanto, de que el ejercicio conjunto de ambas facultades es incompatible en el sentido de que no pueden ser aplicadas acumulativamente. En consecuencia, los incumplimientos aducidos en el acuerdo de inicio, sobre los cuales se ha procedido a la imposición de penalidades, no pueden ser ahora considerados como causa de resolución contractual”.

CUARTA. - Efectuada de esta forma la concreción de la causa de resolución que ha de ser objeto de análisis, esto es el suministro de varias jeringas sin el grabado de la escala graduada, ha de profundizarse en la entidad de la misma para fundamentar la grave consecuencia de ruptura del vínculo contractual.

Es evidente que los referidos defectos detectados por la Administración en el suministro efectuado suponen una vulneración de lo dispuesto en el pliego de prescripciones técnicas que exigía la grabación de la escala (*“Las jeringas deberán llevar grabadas en el exterior, de forma indeleble una sola escala graduada en unidades del Sistema Internacional”*) y que de producirse de forma generalizada a todo el producto suministrado le inhabilitaría para cumplir su función. Ahora bien, debemos analizar si la ocurrencia aislada o en reducidas proporciones de los fallos detectados ostenta entidad suficiente para justificar el recurso a la medida drástica que constituye la resolución del contrato, tal y como en este sentido se viene pronunciando la jurisprudencia advirtiendo de la necesidad de distinguir entre incumplimientos generadores de la posibilidad de ejercicio del derecho a la extinción del contrato de aquellos otros que no la conllevan (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2000).

El informe de Dirección de Enfermería que recoge los defectos apreciados en las jeringas suministradas tras la imposición de la penalidad, indica que

han aparecido varias jeringas en blanco “*Esto ha ocurrido por lo menos en dos unidades (UCI y Neumología) de manera aislada, no en toda la caja, sino que en una caja aparecen una o varias sin la graduación*”(folio 50). Dicho informe precisa que ha ocurrido en las jeringas suministradas en el mes anterior a su fecha (14 de julio de 2011).

No se concreta en cuantas unidades ha aparecido ese defecto en tanto que el contratista limita esos defectos a dos unidades (folio 106).

En este punto se ha de analizar los porcentajes de fallos admisibles en los procesos de producción, y a tal efecto, la contratista aporta un certificado de la empresa de certificación B en el que se señala que la inspección pre-embarque de las jeringas, de fecha 7 de junio de 2011 consistente en 456.000 unidades, fue satisfactoria realizándose una inspección por muestreo en la que se detectaron fallos aplicando el AQL nivel II. El nivel de calidad aceptable (AQL), se define como el máximo porcentaje defectuoso (o el número máximo de defectos por cien unidades) que para propósitos de inspección por muestreo, puede considerarse satisfactorio como un promedio del proceso.

Por tanto, la contratista ha probado mediante el certificado de una empresa de certificación que el producto remitido cumple unos niveles de calidad razonables en el comercio internacional. Ciertamente, dicha certificación no exime a las partes contratantes de sus obligaciones pero, si el pliego no fijó un nivel mínimo de calidad, la utilización de estándares internacionales de calidad sí puede utilizarse como criterio para valorar el cumplimiento defectuoso que justifique una eventual resolución contractual.

La propuesta de resolución, apoyándose en el informe del Servicio Jurídico, utiliza este control de calidad para justificar la resolución sobre la base de los defectos detectados en el mismo pero olvida que, en el control de calidad, lo que se determina es si esos defectos entran dentro del estándar de calidad aplicable y, en este caso, la inspección final fue satisfactoria.

Debe hacerse constar que en el último albarán de suministro de la contratista al Hospital, fechado el 1 de junio de 2011, consta que se suministraron 50 cajas de jeringas de 3 cuerpos 5ml (Caja x100), 32 de jeringas 3 cuerpos 10 ml (Caja x100) y 8 de jeringas 3 cuerpos 10 ml. (Cajas x 100). Esto haría un total de 9.000 jeringas.

La propuesta de resolución se refiere al albarán de 27 de abril de 2011 que, tal y como se ha argumentado, corresponde a las jeringas que motivaron la imposición de la penalidad (el número de jeringas suministrado en esa ocasión fue de 53.600) y que no puede ser tenido en cuenta al analizar la causa de resolución.

Sin que la Administración precise el número de jeringas defectuosas, limitándose a aludir a una o varias en algunas cajas en dos Servicios del Hospital no puede concluirse que haya existido un incumplimiento grave del contratista que justifique la resolución.

La Sentencia del Tribunal Supremo 9 de abril de 2008 (Recurso 4486/2006) al analizar la resolución por demora en los plazos, señala que la actuación culpable del contratista requiere ser examinada en función del estándar ordinario en el cumplimiento de las obligaciones.

Que en un contrato de suministro con previsión de entrega de 2.908.700 jeringas (lote nº aaa) puedan aparecer ejemplares defectuosos, es algo que tiene en cuenta tanto el legislador con la previsión legal del artículo 274 LCSP para subsanaciones en el plazo de garantía, que en el presente caso abarca todo el período de vigencia del contrato (cláusula 23 del anexo I del PCAP), como el órgano de contratación al establecer penalidades si se cumple de forma defectuosa.

El juego de esas dos previsiones limitaría la posibilidad de resolución a supuestos graves en los que la finalidad del contrato no quedara asegurada con las entregas, lo cual no parece que concorra en un supuesto en el que la

Administración se limita a aludir a una o varias jeringas defectuosas en las entregas realizadas a dos servicios con una absoluta falta de precisión a la que no se puede anudar una decisión resolutoria de tan graves consecuencias.

Por ello, este Consejo considera que la aparición de jeringas defectuosas en proporciones tan reducidas, o sin acreditar, determinaría la aplicación del artículo 274 LCSP o incluso la imposición de una nueva penalidad pero no constituye, de acuerdo con la información suministrada por la Administración, fundamento suficiente para la resolución contractual, habida cuenta que la prerrogativa exorbitante de la Administración en cuanto a la resolución contractual unilateral ha de ser ejercitada conforme el principio de proporcionalidad. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2000 (Recurso 3564/1996) en un supuesto de resolución contractual manifiesta: “*Tal como ya ha mantenido el Tribunal Supremo en Sentencias de 14 de mayo, 26 de septiembre y 30 de octubre de 1990, la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos y sus consecuencias, doctrina ésta ya fijada en las Sentencias de 24 noviembre 1987 y 15 marzo 1988, dado que según un criterio de proporcionalidad hay que estar atento a las circunstancias objetivas del hecho, proporcionalidad que constituye un principio normativo que se impone como un precepto más a la Administración y que reduce el ámbito de sus potestades, pues a la actividad jurisdiccional corresponde la aplicación de criterios valorativos jurídicos plasmados en la norma escrita, como son en este campo los de congruencia y proporcionalidad entre los hechos y sus consecuencias, lo que ha ponderado la sentencia recurrida.*

Desde el punto de vista de la jurisprudencia constitucional, la infracción del principio de proporcionalidad se basa en el ámbito de las Declaraciones Internacionales asumidas por el contenido del artículo 10.2 de la

Constitución y se encuadra como una proyección o anexo del principio de legalidad, criterio reiterado por la jurisprudencia constitucional (en sentencias de 28 de marzo de 1996, 2 de octubre de 1997 y 20 de julio 1999)."

En mérito a lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede dictaminar desfavorablemente la resolución del contrato de suministro de agujas y jeringas (lote aaa) adjudicado a la empresa A.

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 este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo.

Madrid, 16 de noviembre de 2011