

Dictamen n.º: **451/22**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Contratación Pública**
Aprobación: **05.07.22**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión del día 5 de julio de 2022, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, sobre resolución del contrato suscrito por el Hospital Universitario de Móstoles, denominado “*Suministro de infusores elastoméricos) (lote 1)*”, adjudicado a la empresa CARDIVA 2, S.L. (en adelante, “*la contratista*”).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 17 de junio de 2022 tuvo entrada en este órgano consultivo una solicitud de dictamen formulada por el consejero de Sanidad, relativa al expediente sobre la resolución del contrato de referido en el encabezamiento.

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

El 6 de noviembre de 2020, el director gerente del Hospital Universitario de Móstoles aprobó el inicio del expediente

administrativo de contratación “*Suministro de infusores elastoméricos*,” dividido en seis lotes, junto con los Pliegos de Prescripciones Técnicas y Cláusulas Administrativas Particulares, mediante la adjudicación por procedimiento abierto, con un valor estimado de 120.956 euros.

La empresa citada en el encabezamiento resultó adjudicataria de los lotes 1, 3 y 4 por un importe total de 36.091 euros, formalizándose en un único contrato el 24 de febrero de 2021.

En concreto, el lote 1, cuyo objeto es el suministro de 1.700 infusores elastométricos de 5ml/h para dos días, fue adjudicado por un importe de 31.790,00 euros.

Con fecha 31 de mayo de 2021, el jefe del Servicio de Oncología emite informe en el que expone que los infusores están generando problemas que afectan “*a la seguridad del paciente, a la eficacia del tratamiento y al estado de salud*”, detallando con fechas y números de historias clínicas como infunden la quimioterapia en menos tiempo del prescrito o, en algunos casos, no infunden la totalidad del tratamiento oncológico, añadiendo que también están produciendo úlceras en la piel.

En esa misma fecha también se emite informe por el Servicio de Farmacia coincidente con el emitido por Oncología en la exposición de los problemas que producen los infusores.

El 6 de junio de 2021 la responsable de alertas sanitarias remite informe al jefe de Contratación en el que se hace constar que se ha comunicado a la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios las incidencias de los infusores del lote 1 suministrados por la empresa adjudicataria.

Con fecha 18 de abril de 2022, el órgano de contratación ordena inicio de expediente de resolución del contrato, suscrito con la empresa CARDIVA 2, S.L, relativo al lote 1 (infusor elastomérico 5ml/h para 2 días) del expediente de “Suministro de infusores elastométricos”.

El instructor eleva informe, de fecha 27 de abril de 2022, sobre la tramitación del procedimiento de resolución, y la valoración y determinación de cálculo de indemnización por daños producidos.

El contratista, mediante escrito de fecha 5 de mayo de 2022, formuló alegaciones en las que se opone a la resolución del contrato al entender que ha existido siempre una voluntad de colaboración para resolver las incidencias y que ha aportado una serie de recomendaciones del fabricante para evitar los casos defectuosos reportados.

Con fecha 28 de abril consta notificación de trámite de audiencia al avalista.

El 25 de abril de 2022 se formula propuesta de resolución del contrato en su lote 1 por incumplimiento de la obligación principal del contrato, la incautación de la garantía y la indemnización de los daños y perjuicios por importe adicional de 7.105 euros, que dice corresponder a la cantidad estimada de gasto que restaría por ejecutar del contrato en base al consumo realizado en los 3 primeros meses.

El 6 de junio de 2022 se emite informe por el servicio jurídico en la Consejería de Sanidad favorable a la resolución contractual.

TERCERO.- El consejero de Sanidad formula preceptiva consulta, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, al

letrado vocal D. Carlos Hernández Claverie, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, por unanimidad, en su sesión de 5 de julio de 2022.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La petición de dictamen se ha realizado al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, al tratarse de un expediente relativo a la resolución de un contrato administrativo, solicitada a través del órgano legitimado para ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.3 c) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (ROFCJA).

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 23.1 del ROFCJA.

SEGUNDA.- El contrato cuya resolución se pretende se adjudicó bajo la vigencia de 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 (LCSP). Ante la falta de desarrollo reglamentario en lo que se refiere al procedimiento de resolución contractual, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de la 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 cuanto a la competencia para acordar la resolución de los contratos administrativos, el artículo 190 de la LCSP dispone que “*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 (...) acordar su resolución y determinar los efectos de esta*”.

Por lo que respecta al procedimiento, el artículo 191.1 de la LCSP y 109.1.a) del Reglamento, prevén que se dé audiencia al contratista, trámite que se ha efectuado en el procedimiento que nos ocupa y en el que ha formulado alegaciones.

Asimismo, en cumplimiento de lo dispuesto en el citado artículo 109.1 del Reglamento, se ha dado audiencia al avalista al proponerse la incautación de la garantía, que no ha presentado alegaciones y se ha emitido informe por el servicio jurídico.

En relación con el plazo para resolver, en los procedimientos de resolución de contratos iniciados de oficio bajo la vigencia de la LCSP, su artículo 212.8 establece el plazo de ocho meses. No obstante, cabe recordar que el Tribunal Constitucional en su Sentencia 68/2021, de 18 de marzo, ha considerado inconstitucional el carácter básico dado a ese precepto, por lo que no es aplicable a las comunidades autónomas. Así, a falta de regulación propia en la Comunidad de Madrid, y como sosteníamos en nuestros dictámenes 651/2021, de 11 de noviembre y 186/22, de 5 de abril, entre otros, hay que estar al plazo general de tres meses previsto en el artículo 21 de la LPAC.

En el presente procedimiento, el acuerdo de inicio del procedimiento de resolución es de fecha 18 de abril de 2022, por lo que a la fecha de aprobación de este dictamen no se encuentra

caducado, aun cuando no consta acordada la suspensión del plazo prevista en el artículo 22 de la LPAC.

TERCERA.- La propuesta de resolución estima que procede la resolución contractual debido al incumplimiento de obligaciones esenciales consistentes en no entregar los infusores con el requisito previsto en el pliego de prescripciones técnicas consistente en el que el flujo basal sea de 5 ml/h siendo el tiempo total de infusión de 48 horas, amparando en su fundamentación jurídica en la previsión contenida en el artículo 211.1.f) de la LCSP, que recoge la siguiente: *“f) El incumplimiento de la obligación principal del contrato.*

La propuesta considera esencial para la ejecución del contrato el suministro de infusores que cumplan con los requisitos básicos establecidos en los Pliegos del expediente y los suministrados por la empresa adjudicataria no los cumplen.

A este respecto, cabe señalar que, efectivamente, este artículo 211.1.f) de la LCSP considera, ante todo, motivo posible de ruptura de la relación contractual el incumplimiento por el contratista de *«la obligación principal del contrato»* que, en principio, cabe identificar con la prestación que constituya su objeto. Con esta previsión, que carece de antecedentes en normas anteriores, la LCSP resuelve, como manifestó el Consejo de Estado en su dictamen 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, al anteproyecto de ley, *«la dificultad interpretativa»* que planteaba la legislación anterior en los casos en los que los pliegos declaraban *«esenciales varias de las obligaciones accesorias imputables al contratista»*, pero omitían, sin embargo, esa *«calificación en lo que atañe al objeto mismo del contrato (la realización de la obra, la entrega del suministro o la prestación del servicio) por su obviedad»*.

En el contrato que nos atañe no puede decirse que la adjudicataria no haya procedido al suministro del producto sanitario objeto del contrato, lo que se ha producido es la entrega de un número importante de infusores que presentan defectos relevantes en su utilización.

Así, el citado precepto de la LCSP añade: *“serán, asimismo causas de resolución del contrato, el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo”*.

El pliego de cláusulas particulares prevé en su apartado 19 la resolución del contrato por ejecución defectuosa del contrato y el pliego de prescripciones técnicas establece para el lote 1 unas características mínimas; concretamente se indica en el mismo que *“el flujo basal sea de 5 ml/h siendo el tiempo total de infusión de 48 horas”*.

Esos defectos están suficientemente acreditados por los informes de los servicios implicados y son especialmente relevantes por la finalidad del producto suministrado, poniendo en riesgo la salud de los pacientes oncológicos, en tanto no permite proporcionarles la quimioterapia prescrita de manera correcta, siendo su funcionamiento anárquico, en tanto que, en algunos casos suministra más rápido el fármaco y en otros no lo suministra o en menor proporción, además de producir úlceras en algunos pacientes, es por ello que la velocidad de flujo que debía tener los infusores era una característica esencial y como tal se recogió expresamente.

La respuesta de la suministradora es claramente insatisfactoria en tanto que el adecuado funcionamiento de unos productos

esenciales para los enfermos oncológicos no puede ser aleatoria ni depender de unas recomendaciones adicionales que le ha proporcionado a posteriori el fabricante y que, en su caso, deberían haber estado en la ficha técnica del producto a fin de ser valorados previamente a la adjudicación.

Por tanto, concurre el incumplimiento de la adjudicataria, lo que ampara la resolución contractual de conformidad con lo previsto en el artículo 211. 1 f) LCSP, en relación con la cláusula 19 del PCP y el pliego de prescripciones técnicas.

CUARTA.- En cuanto a los efectos de la resolución, además de los previstos en el artículo 307 para el contrato de suministro, es de aplicación el artículo 213 LCSP, donde se establece que cuando la resolución del contrato sea por incumplimiento culpable del contratista, este debe indemnizar de los daños y perjuicios ocasionados, siendo efectiva la indemnización, en primer término, sobre la garantía. Por su parte, el apartado 4 del mismo precepto establece que, en todo caso, el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida.

Así pues, la incautación de la garantía opera de modo automático en aras a garantizar el pago del importe de los daños y perjuicios causados, como se señala en nuestro dictamen 556/19, de 19 de diciembre o en el 580/20, de 22 de diciembre, sin que resulte precisa la valoración previa de los daños, y en ese sentido, lo recoge la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2019 (recurso 3556/2017).

No obstante, la propuesta de resolución cuantifica los daños y perjuicios y lo hace en una cuantía superior al aval constituido, valorándolos atendiendo al sobrecoste que le ha supuesto tener que adquirir los infusores de la empresa que quedó segunda en la licitación. Esta valoración ha venido siendo admitida por esta Comisión en su dictamen 244/17, de 15 de junio y por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que señala en su Sentencia de 23 de enero de 2017 (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”*.

Por tanto, se estima correcta la valoración de los daños y que la indemnización se haga efectiva sobre la garantía constituida por la cantidad correspondiente al lote 1 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.

CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato de suministro de infusores elastoméricos del lote 1, por incumplimiento 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 5 de julio de 2022

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 451/22

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid