

Dictamen nº: **16/23**
Consulta: **Alcalde de Madrid**
Asunto: **Contratación Pública**
Aprobación: **12.01.23**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 12 de enero de 2023, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Madrid, por conducto de la Consejería de Administración Local y Digitalización, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente sobre resolución del contrato denominado “*Suministro de 522.000 mascarillas FFP2 y FFP3*” (expediente núm. 300/2020/00733-53) suscrito con la empresa SANIPROTECT, SL, (en adelante “*la contratista*”).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 20 de diciembre de 2022 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo procedente del Ayuntamiento Madrid, asignándose al expediente el número 772/22 y comenzando 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. Carmen Cabañas Poveda, 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 12 de enero de 2023.

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

El presente Dictamen analiza la propuesta de resolución de un contrato basado en el previo “*Acuerdo Marco para el suministro de equipos de protección individual y productos sanitarios (9 lotes)*” (Número: 300/2020/00733), cuyo objeto se refiere al suministro de equipos de protección individual y productos sanitarios con destino a los centros del Ayuntamiento de Madrid, sus organismos autónomos y empresas municipales.

Mediante Resolución del Director General de Contratación y Servicios de fecha 3 de noviembre de 2021 se adjudicó el contrato basado “*Suministro de 522.000 mascarillas FFP2 y FFP3*” (*expediente núm. 300/2020/00733-53*) a la empresa contratista, con el siguiente desglose: 501.000 Mascarilla FFP2 y 21.000 Mascarilla FFP3, con destino a la Subdirección General de SAMUR/Protección Civil y la Dirección General de Bomberos, por un importe total de 60.150,00 euros (IVA exento), cuyo plazo de ejecución, conforme al plazo de entrega ofertado por la misma, era de 2 días hábiles a contar desde la notificación de la citada resolución a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante, PLACSP), sin que cupieran entregas parciales.

De conformidad con sus PCAP, no se exigió garantía alguna con ocasión de la adjudicación del Acuerdo Marco, ni con ocasión de la adjudicación del contrato basado.

Con carácter previo a su adjudicación, se requirió a la empresa contratista la confirmación de la “*viabilidad de su oferta*” en relación con este contrato basado, núm. 300/2020/00733-53, esto es, la disponibilidad del producto ofertado para poder cumplir el contrato en tiempo y forma. Dicha empresa confirmó expresamente la viabilidad del contrato basado en fecha 27 de octubre de 2021 a través de la PLACSP, según consta en el expediente.

La notificación de la resolución de adjudicación contractual tuvo lugar el día 5 de noviembre de 2021 a las 08:59 a.m., por lo que el plazo máximo de 2 días hábiles para efectuar la entrega finalizó el día 8 de noviembre de 2021 a las 23:59 p.m. al ser inhábiles los días 6 y 7 de noviembre.

El viernes 12 de noviembre de 2021 y el lunes 15 de noviembre de 2021, la empresa adjudicataria realizó dos entregas parciales de mascarillas FFP2, que sumaron una cantidad total de 365.500 unidades, quedando pendientes de entrega 134.500 mascarillas FFP2 y 21.000 de mascarillas FFP3.

Según consta, el 8 de noviembre de 2021 la contratista intentó suministrar al promotor y destinatario del contrato las unidades pendientes de otras marcas/modelos diferentes de los validados por los servicios técnicos del Ayuntamiento de Madrid con ocasión de la adjudicación del Acuerdo Marco. Ante la negativa del Ayuntamiento de Madrid a recibir marcas diferentes de las acordadas y homologadas por los servicios técnicos, Saniprotect S.L. solicitó formalmente en fecha 11 de noviembre de 2021 la sustitución de las marcas/modelos de mascarillas inicialmente ofertadas y homologadas, que determinaron la adjudicación a su favor del lote 6 “*Mascarillas de Protección FFP2 y FFP3*” del AM, por otras diferentes.

Esta modificación propuesta por la contratista se fundaba en la previsión de la cláusula 14.2 del PCAP del Acuerdo Marco, que disponía: *“Las empresas adjudicatarias podrán proponer a la Administración la sustitución de los bienes incluidos en el Catálogo de EPIS por otros que incorporen avances o innovaciones tecnológicas que mejoren las prestaciones o características de los adjudicados”*.

Los servicios técnicos municipales realizaron en fecha 12 de noviembre de 2021 una comprobación de las muestras, así como de la documentación técnica correspondiente a las nuevas mascarillas ofertadas por la empresa, a fin de verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPTP) y constatar las supuestas mejoras que los nuevos artículos debían contener, como requisito previo para poder tramitar la modificación del Catálogo de Epis conforme a la Cláusula 14.2 del PCAP. El resultado concluyó con la emisión, en fecha 24 de noviembre de 2021, de un informe técnico desfavorable a la solicitud de sustitución instada por la mercantil.

Obra además otro informe, de fecha 15 de noviembre de 2021, emitido por la subdirectora general económico-administrativa de la Dirección General de Emergencias y Protección Civil, en cuanto unidad destinataria del suministro en cuestión, que trasladó la imposibilidad para aceptar las mascarillas tipo FFP2 y FFP3 en cuyo empaquetado viniera reflejada la advertencia *“non medical”* o similar (uso no médico), situación que se producía en las ofrecidas por el contratista en sustitución de las inicialmente comprometidas, explicando: *“...el motivo de la negativa de aceptación reside en que el personal de SAMUR-Protección Civil, al que van destinadas como usuarios finales, es en su totalidad personal médico o sanitario por lo que no se puede aceptar el uso de mascarillas en las que figura la citada advertencia. El material sanitario requerido no debe contener en modo alguno la citada advertencia de ‘No uso médico’, sin entrar a*

valorar si se trata de un tema de eficacia de la mascarilla o de un tema normativo-legislativo del país de origen”.

El 26 de noviembre de 2021, se emitió informe técnico por el responsable del contrato haciendo constar las unidades efectivamente suministradas y la circunstancia de que quedaban pendientes de entrega 134.500 unidades de mascarillas FFP2 y 21.000 unidades de mascarillas FFP3. Constan igualmente los previos certificados de conformidad con las entregas parciales de mascarillas FFP2 efectuadas al SAMUR-Protección Civil y a la Dirección General de Bomberos, de fechas 11 y 15 de noviembre de 2021.

Por su parte, finalizado el expediente administrativo tramitado por causa de la propuesta de la contratista sobre la modificación del Catálogo de EPIS, sin que la contratista solicitara en ningún momento copia o acceso al mismo; mediante Decreto de 15 de diciembre de 2021 de la delegada del Área de Gobierno de Hacienda y Personal se desestimó formalmente la solicitud de la contratista, de sustitución de las mascarillas inicialmente ofertadas. La resolución se notificó en esa misma fecha a Saniprotect S.L. a través de la PLACSP, con expresa indicación de sus fundamentos técnicos y jurídicos y de los recursos de que era susceptible. Esa resolución fue nuevamente notificada el día 7 de marzo de 2022.

A la vista del perjuicio que podía suponer el incumplimiento del contrato a los destinatarios del suministro, en fecha 20 de diciembre de 2021, el órgano de contratación requirió nuevamente a la contratista el íntegro cumplimiento contractual, otorgándole a esos efectos un nuevo plazo de 2 días hábiles a contar desde la notificación de ese requerimiento a través de PLACSP, efectuada ese mismo día.

Mediante nuevo informe técnico, de fecha 22 de febrero de 2022, se constató por el responsable del contrato que la mercantil obligada

seguía sin suministrar las 134.500 unidades de mascarillas FFP2 y 21.000 unidades de mascarillas FFP3 pendientes.

Consta igualmente en el expediente la recepción de conformidad y el correspondiente abono, por parte de la D.G. de Emergencias y Protección Civil, de 366.500 unidades de mascarillas FFP2.

Ante la situación de incumplimiento parcial del suministro, con fecha 2 de marzo de 2022, la titular de la Jefatura del Servicio de Contratación Centralizada Municipal, como responsable del Acuerdo Marco, instó formalmente la resolución contractual, conforme al artículo 211.1 f) de la LCSP, sin exigencia de indemnización por daños y perjuicios y sin incautación de garantía.

En su virtud, el director general de Contratación y Servicios como órgano de contratación de los contratos basados en el Acuerdo Marco de referencia, suscribió la correspondiente resolución iniciadora del procedimiento, de fecha 3 de marzo de 2022, que fue notificada al interesado el 4 de marzo de 2022 a través de PLACSP, concediéndole el preceptivo trámite de audiencia.

Presentó Saniprotect S.L. escrito de alegaciones en fecha 21 de marzo de 2022, manifestando haber realizado un intento de cumplimiento que fue *“rechazado arbitrariamente por el Ayuntamiento”* y, en concreto, que *“intentó entregar la totalidad de las mascarillas objeto del contrato basado mediante mascarillas alternativas a las homologadas en el trámite del Acuerdo Marco y que tales mascarillas alternativas, que cumplen escrupulosamente la normativa de la UE y de los propios pliegos del Acuerdo Marco y, además, incorporan una mejora significativa como es la espuma bajo el clip nasal”- sic.-*, añadiendo que, *“fueron rechazadas por el órgano de contratación, sin aportar ni un solo argumento jurídico”*, considerando que el cambio propuesto encajarían en la posibilidad recogida en la cláusula 14.2 del PCAP rector del Acuerdo Marco, alusiva al

suministro de modelos alternativos, *“siempre que éstos aportaran mejoras técnicas”*.

En su escrito de alegaciones la contratista también aludía a una supuesta falta de valoración de cierto informe pericial que habría presentado a través de la PLACSP el 29 de noviembre de 2021, en sustento de sus razonamientos.

En el expediente se incorporaron dos informes que analizaban particularmente la viabilidad de la sustitución de las mascarillas que solicitaba la contratista, al ser la negativa municipal a su admisión la que propiciaba el incumplimiento del suministro y, por ende, la que motivaba la propuesta de resolución contractual. A saber:

1. El informe de 9 de marzo de 2022 del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales del Ayuntamiento de Madrid adscrito al Organismo Autónomo *“Madrid Salud”*, que informó desfavorablemente la sustitución de las mascarillas planteada. En el mismo se explicaba: *“(...) El texto ‘uso no medico’ o ‘non medical use’ es una imposición del gobierno chino a este tipo de productos no sanitarios fabricados en China, ensayados como EPI en origen, como parte de una serie de medidas para fortalecer la supervisión, la regulación y el control de calidad de las exportaciones, lo que puede provocar evidentes inconvenientes relativos a lograr los objetivos de utilización continua de estos equipos por parte del personal sanitario, al figurar la leyenda descrita en los embalajes, lo cual puede crear un problema de seguridad y salud, al no poder garantizarse el uso de los mismos por parte de sus destinatarios”*.

Y sobre la incorporación de espuma bajo el clip nasal, indicaba: *“En relación con la inclusión de la espuma bajo el clip como elemento de mejora, indicar que este tipo de actuaciones es una mejora de carácter mínimo para el confort de los usuarios, pero no para la eficacia de los*

equipos de protección individual” y añade: “no ha sido justificada la supuesta mejora relacionada con el confort por parte del licitante, más allá de su mera declaración” y también que, «no se acredita la concurrencia de los requisitos establecidos en la Cláusula 14.2 del PCAP para aceptar la sustitución solicitada, al no acreditar que el nuevo bien incorpore un avance o innovación tecnológica que mejore las prestaciones o características del producto inicialmente ofertado, sino que se advierte la existencia de una leyenda “non medical use”, a la cual ya hemos hecho referencia anteriormente».

2. Sobre la misma cuestión -la trascendencia de la leyenda “*non medical use*”-, se realizó una nueva consulta a los servicios técnicos municipales que, en un nuevo informe técnico de fecha 25 de marzo de 2022, indicaban que debía diferenciarse entre equipos de protección individual (que se utilizan para proteger a los trabajadores frente a los riesgos asociados al trabajo, que se comercializan atendiendo al Reglamento UE 2016/425) y productos sanitarios (que se utilizan para proteger la salud del paciente y que se comercializan atendiendo al Reglamento UE 2017/745), dado que los requerimientos técnicos para obtener las correspondientes certificaciones, en uno y otro caso, no son coincidentes. Concretamente explicaron: “*Como se indica en la Guía técnica sobre exposición a Agentes Biológicos, la protección mínima recomendable para el personal sanitario que pueda estar expuesto a agentes biológicos es una mascarilla autofiltrante FFP2, cuando en el desarrollo de la actividad existan operaciones que puedan generar bioaerosoles en concentraciones elevadas, por ejemplo, si se provoca la tos del paciente durante la broncoscopia, la intubación o la succión, se recomienda, al menos, el uso de mascarillas FFP3. (...) “Los estándares de fabricación en China para los equipos de protección individual respiratorios son dos normas de rendimiento distintas. Por un lado, la norma GB 2626-2019 Respiratoria protection – non powered air purifying particle respirator, y por otro, la norma GB 19083-2010*

Technical requirements for protective face mask for medical use. La diferencia entre la fabricación mediante la norma GB 2626 y la norma GB 19083 estriba, entre otras cosas, en la resistencia a la penetración de gotículas de sangre y otros fluidos, dado que la GB 19083-2010 tiene una prueba de resistencia a la penetración de sangre sintética a través del material de fabricación.

Es el fabricante el que, de acuerdo a la norma GB 2626-2019, y la imposición del Gobierno Chino, incluye las advertencias que considera adecuadas respecto al uso del equipo de protección Y en este caso figuran las advertencias: ‘non medical use’ o similar”.

Añadía este informe: «De acuerdo con la norma UNE 149, punto 10: “La información suministrada por el fabricante debe contener toda la información necesaria para personas entrenadas y cualificadas sobre: Aplicaciones/limitaciones”» y añade que: “de acuerdo con el Reglamento UE 2016/425, de 9 de marzo de 2016, relativo a los equipos de protección individual: Los EPI sólo se comercializarán si, en condiciones de mantenimiento adecuado y de utilización para su uso previsto, cumplen con el presente reglamento y no ponen en peligro la salud o la seguridad de las personas, animales domésticos o los bienes (artículo 4). Lo cual hace que la comercialización de los equipos de protección individual solo pueda utilizarse para el uso previsto y con las limitaciones que incluye el fabricante”. Finalmente, el mismo informe destacaba la evidente situación de inseguridad que generaría en los usuarios -Protección civil, SAMUR y Bomberos-, el empleo de mascarillas en las que figurara esa leyenda.

En fecha 10 de mayo de 2022, se requirió a la Asesoría Jurídica municipal la emisión del preceptivo informe jurídico previo a la adopción de la resolución contractual. El día 6 de junio de 2022, la Asesoría Jurídica emitió el correspondiente informe, sustentando sus

consideraciones jurídicas en los argumentos de los informes técnicos de 9 y 25 de marzo de 2022.

Mediante informe técnico suscrito por el responsable del contrato basado, de fecha 7 de junio de 2022, incorporado al expediente, se hizo constar que no procedía la exigencia de indemnización por daños y perjuicios al no habersele ocasionado a la Administración.

Se evacuaron por la Intervención General del Ayuntamiento de Madrid sendos informes de conformidad, referidos a los suministros destinados al SAMUR-Protección Civil y Bomberos, respectivamente, con fechas de 17 y 20 de diciembre de 2021.

En vista de todos esos informes y trámites, se formuló una primera propuesta de resolución. En su parte dispositiva, la propuesta interesaba resolver el contrato derivado al concurrir la causa del artículo 211.1 apartado f) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP/17), referida al *“incumplimiento de la obligación principal del contrato”*.

La propuesta se sometió al ser preceptivo el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora, ante la oposición a la propuesta de resolución formulada por la empresa adjudicataria.

El Dictamen 524/22, de 31 de agosto, de esta Comisión Jurídica Asesora determinó que habría de retrotraerse el procedimiento para la concesión de un nuevo trámite de audiencia al contratista, pues el concedido se había efectuado al comienzo del procedimiento y con fecha anterior a la emisión de la totalidad de los informes técnicos incorporados, esto es en momento anterior al informe de 9 de marzo de 2022 del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales del Ayuntamiento de Madrid adscrito al Organismo Autónomo *“Madrid Salud”* y muy en particular, con anterioridad al informe de 25 de marzo de 2022, que es el que justifica con mayor profundidad y rigor

técnico la falta de aptitud de las mascarillas alternativamente ofrecidas por el contratista y toda vez que la propuesta de resolución se apoyaba precisamente en los fundamentos técnicos de ese último informe.

Se recordaba también en el Dictamen que, a la vista de la duración del procedimiento que ya se había consumido, restaban únicamente 10 días para su caducidad.

Según resulta del expediente que sirve de precedente a la propuesta que ahora se analiza; mediante resolución de 30 de septiembre de 2022 del órgano de contratación, se declaró la caducidad del procedimiento iniciado el 3 de marzo de 2022.

Posteriormente, mediante una nueva resolución del órgano de contratación, de fecha 18 de octubre de 2022, se acordó el inicio del procedimiento de resolución contractual que finaliza con la propuesta que analiza este Dictamen.

TERCERO.- Del expediente de resolución contractual que nos ocupa, interesa destacar los siguientes trámites:

Con sustento en las previsiones del artículo 95.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC); la resolución del director general de Contratación y Servicios de 18 de octubre de 2022, acordó el inicio de un nuevo procedimiento de resolución por incumplimiento del contrato basado al que se viene haciendo referencia y la incorporación al mismo de todos los informes técnicos informes técnicos suscritos por el responsable del contrato acreditativos del incumplimiento de la obligación principal de suministro y de la ausencia de daños y perjuicios.

Así pues, fueron incorporados los informes emitidos en fechas 26 de noviembre de 2021, 22 de febrero de 2022 y 7 de junio de 2022; el informe de la S.G. de SAMUR-Protección Civil de fecha 15 de noviembre de 2021; el informe de los servicios técnicos municipales de fecha 24 de noviembre de 2021, con apoyo en el que se dictó el Decreto de la Delegada del Área de Gobierno de Hacienda y Personal de 15 de diciembre de 2021 y, finalmente, de los siguientes informes técnicos de fechas 9 de marzo y 25 de marzo de 2022 emitidos, respectivamente, por el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales del Ayuntamiento de Madrid y sus organismos autónomos y por los servicios técnicos municipales.

El acuerdo de inicio se publicó y notificó a la contratista, a través de PLACSP, en fecha 20 de octubre de 2022; dándole traslado de todos los informes y de la restante documentación incorporada al nuevo expediente y concediéndole un plazo de 10 días hábiles para formular alegaciones y aportar cuantos documentos o medios de prueba estimara convenientes. Se le indicó expresamente la posibilidad de aportar el informe pericial que mencionó en su escrito de alegaciones de oposición, de 21 de marzo de 2022, con la expresa advertencia de que, en caso de no presentar un nuevo escrito de alegaciones en el plazo concedido a tal efecto, se tendrían por reproducidas las manifestadas en el precedente.

Concluido el plazo conferido al efecto, la contratista no presentó escrito de alegaciones.

A la vista de todo ello se elaboró una nueva propuesta de resolución que dio respuesta a las iniciales alegaciones de oposición del contratista, apoyándose en las argumentaciones de los informes técnicos incorporados al procedimiento que, en esta ocasión ya sí consta que han sido notificadas formalmente al contratista, para su completo conocimiento. En la misma, se propone resolver el contrato

denominado “Suministro de 522.000 mascarillas FFP2 y FFP3” adjudicado a la mercantil Saniprotect, S.L, con apoyo en las previsiones del artículo 211.1 f) de la LCSP por incumplimiento de la obligación principal el contrato.

La propuesta ha sido informada favorablemente por la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Madrid, con fecha 25 de noviembre de 2022 y por la Intervención municipal, el día 2 de diciembre de 2022.

Incorporado todo ello al procedimiento, se ha cursado la correspondiente petición a esta Comisión Jurídica Asesora, recibida el día 20 de diciembre de 2022.

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 se ha hecho llegar a la Comisión Jurídica Asesora por el consejero de Administración Local y

Digitalización, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18.3 b) del ROFCJA (*“3. Cuando por Ley resulte preceptiva la emisión de dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, este será recabado:(...) c) Las solicitudes de dictamen de las Entidades Locales se efectuarán por los Alcaldes-Presidentes de las mismas, y se cursarán a través del Consejero competente en relaciones con la Administración Local”*).

El contratista ha formulado su oposición y por ello, resulta preceptivo el dictamen de esta Comisión ex artículo 191.3 de la LCSP/17.

SEGUNDA.- Del expediente tramitado, resulta indubitada la aplicación tanto al Acuerdo Marco 300/2020/00733, como a su contrato derivado 300/2020/00733-53, adjudicado el 3 de noviembre de 2021, la regulación contenida en la LCSP/17.

De igual modo, también resulta aplicable la misma normativa a la tramitación del procedimiento de resolución contractual, por ser el vigente en el momento del inicio de este último, el 18 de octubre de 2022, según el criterio de esta Comisión Jurídica Asesora, recogido entre otros en el reciente dictamen 323/22, de 24 de mayo, o en el 173/19, de 29 de abril.

De esta forma, el artículo 212.1 de la LCSP/17 establece que: *“La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca”*.

En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en el artículo 190 LCSP/17, 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 191.1 LCSP/17 requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista. Asimismo, el artículo 109 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, exige la audiencia al avalista o asegurador *“si se propone la incautación de la garantía”*, circunstancia que no concurre en el presente, pues en este contrato no se constituyó garantía.

Por otro lado, el apartado tercero de este artículo 191 dispone que es 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.

Por lo que se refiere al ámbito de la Administración local, el artículo 114.3 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (en adelante, TRRL) aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, establece como necesarios los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación.

En este caso, al tratarse de un municipio de gran población, figura emitido el informe de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Madrid, de fecha 20 de junio de 2022, de acuerdo con lo dispuesto en la disposición adicional octava e) de la Ley 7/1985 de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local en relación con el artículo 114.3 del TRRL y también de conformidad con lo dispuesto en el artículo 191.2 en relación con el artículo 28 de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid, y el artículo

57.1.c) del Reglamento Orgánico del Gobierno y la Administración del Ayuntamiento de Madrid, de 31 de mayo de 2004.

El indicado informe de la Asesoría Jurídica municipal resulta emitido en este caso, como también el de la Intervención General del Ayuntamiento de Madrid, resultando ambos de fecha posterior al momento en que concluyó el plazo de alegaciones de la contratista, aunque como viene manteniendo esta Comisión entre otros en Dictamen 294/19, de 11 de julio y Dictamen 155/18, de 5 de abril, dado su carácter jurídico y técnico presupuestario, su emisión posterior no plantea problemas de indefensión al contratista, puesto que ordinariamente no añade hechos nuevos, que fundamenten la resolución del contrato.

De acuerdo con la normativa expuesta resulta que la competencia para resolver los contratos corresponde al órgano de contratación. En este caso el director general de Contratación y Servicios.

Aplicando lo expuesto a este procedimiento, observamos que en el presente se han incorporado los informes emitidos en el curso del tramitado anteriormente, que resultó caducado, conforme a las previsiones al efecto del artículo 95.3 de la LPAC, que dispone: “3. *La caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción.*”

En los casos en los que sea posible la iniciación de un nuevo procedimiento por no haberse producido la prescripción, podrán incorporarse a éste los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad. En todo caso, en el nuevo procedimiento deberán cumplimentarse los trámites de alegaciones, proposición de prueba y audiencia al interesado”:

Adicionalmente, en el nuevo procedimiento se ha concedido nueva audiencia al contratista y aunque no haya hecho uso del trámite, la propuesta de resolución analiza y rebate sus primeras alegaciones de oposición, que se han tenido por reproducidas. Finalmente, según ya se indicó, la propuesta ha sido informada favorablemente por la Asesoría Jurídica y por la Intervención municipal.

En cuanto a la duración máxima del procedimiento, solventadas ya las dudas derivadas de la anulación del artículo 212.8 LCSP/17 por la Sentencia del Tribunal Constitucional 86/2021, de 18 de marzo, es claro el criterio de esta Comisión Jurídica de considerar que el plazo de instrucción y resolución de los expedientes de resolución contractual, es de 3 meses desde su iniciación, por lo que, iniciado este expediente de resolución contractual el 18 de octubre de 2022, no se encuentra caducado en la fecha de emisión del presente dictamen.

TERCERA.- Una vez analizado el procedimiento, debemos estudiar si concurre o no causa de resolución del contrato y, en su caso, cuales sean sus efectos.

La propuesta de resolución entiende que concurre la causa prevista en el artículo 211.1 f) LCSP, referida al incumplimiento de la obligación principal del contrato.

Ya hemos señalado que, en virtud de la adjudicación del contrato derivado al que se refiere este Dictamen, la mercantil contratista asumía la obligación principal de materializar la entrega del suministro comprometido: determinada cantidad de mascarillas para su uso por la Subdirección General de SAMUR/Protección Civil y por la Dirección General de Bomberos, del Ayuntamiento de Madrid, en un plazo máximo de 2 días hábiles, a contar desde la notificación de

la resolución de adjudicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público. La factura correspondiente debería remitirse a la unidad promotora de la contratación, que tramitaría posteriormente el pago del precio.

En este caso, la notificación de la resolución de adjudicación tuvo lugar el día 5 de noviembre de 2021, por lo que el plazo máximo de los 2 días hábiles para efectuar la entrega finalizó el día 8 de noviembre de 2021, al ser inhábiles los días 6 y 7 de noviembre.

El viernes 12 de noviembre de 2021 y el lunes 15 de noviembre de 2021, la empresa adjudicataria realizó dos entregas parciales de mascarillas FFP2, que sumaron una cantidad total de 365.500 unidades, quedando todavía pendientes de entrega 134.500 mascarillas FFP2 y 21.000 de mascarillas FFP3.

El 8 de noviembre de 2021 la contratista intentó suministrar al promotor y destinatario del contrato las unidades pendientes, con mascarillas de otras marcas/modelos diferentes de los validados por los servicios técnicos del Ayuntamiento de Madrid y ante la negativa del Ayuntamiento de Madrid a recibir bienes diferentes a los homologados por los servicios técnicos, Saniprotect S.L. solicitó formalmente en fecha 11 de noviembre de 2021 la sustitución de las marcas/modelos de mascarillas inicialmente comprometidas, por otras diferentes.

Según consta, previa tramitación del expediente administrativo tramitado por causa de la propuesta de la contratista sobre la modificación del Catálogo de EPIS; mediante Decreto de 15 de diciembre de 2021 de la delegada del Área de Gobierno de Hacienda y Personal se desestimó formalmente la indicada solicitud, con apoyo en una completa argumentación técnica. La correspondiente resolución se notificó en esa misma fecha a la contratista, sin que

fuera recurrida en vía administrativa y/o judicial, adquiriendo de ese modo firmeza.

Con posterioridad -y aun concediéndose un periodo de cumplimiento adicional y extraordinario, entre el 20 y el 22 de diciembre de 2021, justificado en razones de interés general- tampoco el contratista suministró las mascarillas restantes.

De lo expuesto se colige fácilmente el indubitado incumplimiento contractual y la esencialidad de la obligación incumplida, por tratarse del objeto mismo del contrato; dado que la contratista venía vinculada a lo establecido en el Acuerdo Marco y en su contrato derivado, en cuanto a la concreta determinación del material a suministrar; sin que pudiera pretender alterarlo unilateralmente.

Constatado en definitiva que no se han suministrado a su destinatario la totalidad de las mascarillas objeto del contrato derivado, se entiende concurrente la causa de resolución considerada por la Administración municipal; una vez liquidado el importe del suministro efectivamente realizado, tal y como dispone el artículo 307.1 de la LCSP, circunstancia que también consta que ya se ha producido.

Finalmente, en cuanto a los efectos de la resolución que nos ocupa, ex. artículo 213.3 LCSP, se indica que, como también dispone la propuesta de resolución, no procede la incautación de garantía por cuanto no se exigió la constitución de garantía alguna, ni en la adjudicación del Acuerdo Marco, ni en la del contrato derivado. Tampoco procede la exigencia de indemnización por daños y perjuicios, al no haberse ocasionado a la Administración contratante, según también consta documentado en el informe técnico suscrito por el responsable del contrato basado, de fecha 7 de junio de 2022.

CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato por incumplimiento del contrato imputable a la empresa contratista, sin exigencia de indemnización por daños y perjuicios.

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 12 de enero de 2023

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 16/23

Excmo. Sr. Alcalde de Madrid

C/ Montalbán, 1 – 28014 Madrid