



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 393/2007

(Sección 2ª)

La Laguna, a 9 de octubre de 2007.

Dictamen solicitado por la Excma. Sra. Consejera de Sanidad en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se resuelve el contrato administrativo de suministro de menaje desechable derivado del concurso público 2006-0-41, por incumplimiento imputable a la empresa C.M., S.L. Incumplimiento de obligaciones esenciales (EXP. 332/2007 CA)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Excma. Sra. Consejera de Sanidad, es la propuesta del acto decisorio de un procedimiento de resolución de un contrato administrativo de suministro a la cual se ha opuesto el contratista.

2. La naturaleza de la propuesta y la oposición del contratista a la resolución determinan la preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación de la Excma. Sra. Consejera para solicitarlo, en virtud de los arts. 11.1.D.c) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación al primer precepto con los arts. 59.3 a) y 96, ambos de carácter básico según su disposición final primera, del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, TR-LCAP, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

3. En la tramitación del procedimiento se ha notificado al contratista y a su avalista su iniciación y se les ha dado audiencia, en la cual manifestó su oposición el primero. No se ha incurrido en irregularidades procedimentales que impidan un Dictamen de fondo.

* **PONENTE:** Sr. Suay Rincón.

II

1. El contrato que se presente resolver es un concurso administrativo de suministro cuyo objeto era la entrega de vajilla y cubertería desechable a un Hospital del Servicio Canario de Salud, cuyo Director Gerente, según el art. 28.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de dicho Servicio (aprobado por el Decreto 32/1995, de 24 de febrero), es el órgano de contratación.

2. El contrato se adjudicó, según la regla general del art. 180.2 TR-LCAP, mediante concurso a través del procedimiento abierto. Se formalizó el 21 de noviembre de 2006 y de él formaban parte, según sus cláusulas primera y sexta, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), y el de Prescripciones Técnicas Particulares (PTP).

3. Dado que el objeto del contrato era meramente el suministro de vajilla y cubertería desechable, es claro que la utilización del concurso no es reconducible a los casos comprendidos en los apartados a), c) y d) del art. 85 TR-LCAP, sino al del apartado b) del art. 85 TR-LCAP:

“Se adjudicarán por concurso aquellos contratos en los que la selección del empresario no se efectúe exclusivamente en atención a la oferta cuyo precio sea más bajo y, en particular, en los siguientes casos: (...) b) Cuando el órgano de contratación considere que la definición de la prestación aprobada por la Administración es susceptible de ser mejorada por otras soluciones técnicas, a proponer por los licitadores mediante la presentación de variantes, o por reducciones en su plazo de ejecución”.

En coherencia con esta regulación legal, la cláusula 9 PCAP establecía como criterios para la adjudicación mejoras de las características técnicas, precio, mejoras de la oferta atinentes al almacén y “stock” mínimo en plaza, tiempo de respuesta a urgencias y otras mejoras de la oferta.

4. En su proposición, la contratista expresó que contaba con suficientes existencias de los productos en sus almacenes para prevenir situaciones como retrasos en la entrega debido a un hecho imprevisible (incidente de producción, huelga del proveedor o del transporte); que contaba con una capacidad de almacenamiento suficiente para sesenta días; que contaba con medios propios de transporte para una mayor agilidad en la entrega de las mercancías; que mantendrían en todo momento las adecuadas existencias en sus almacenes para cubrir las necesidades de aprovisionamiento del hospital; y que entregaría los

pedidos en el plazo de 72 horas a partir de su notificación, y antes en caso de pedidos urgentes.

5. El contrato existe desde que surge el concurso de voluntades de las partes sobre su objeto (art. 1.254 del Código Civil) y concurren los requisitos de consentimiento, objeto cierto y causa de la obligación (art. 1.262 del Código Civil). En el contrato administrativo la Administración realiza una oferta de contratación a la cual concurren a través de un procedimiento los interesados expresando su voluntad de contratar mediante la formulación de proposiciones. La adjudicación es la manifestación de voluntad administrativa de contratar con quien ha formulado la proposición que consideraba más ventajosa (art. 53 TR-LCAP: "Los contratos se perfeccionan mediante la adjudicación realizada por el órgano de contratación competente, cualquier que sea el procedimiento o la forma de adjudicación utilizados"). Con esta aceptación de la oferta del licitador se produce el concurso de voluntades sobre el objeto del contrato ("El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que ha de constituir el objeto del contrato" (art. 1.262 del Código Civil). De ahí que la oferta del contratista forme parte del contenido del contrato. Esto significa que las mejoras ofertadas por el contratista en los procedimientos de contratación que se adjudican por concurso integran el contenido contractual, son prestaciones a las que se ha obligado el contratista porque en atención a ellas la Administración le ha adjudicado el contrato (art. 74.3 TR-LCAP). Sobre las condiciones mejoradas de la prestación propuestas por el contratista y sobre el resto de las cláusulas contractuales es donde se da el concurso de voluntades esencial a todo contrato.

De tal manera que si las mejoras ofertadas por el adjudicatario y determinantes de la prestación del consentimiento por el órgano de contratación no son ciertas realmente, entonces nos encontramos ante un consentimiento prestado erróneamente. Se trata de un error consistente en la falsa representación de elementos del negocio, las mejoras en la prestación, que ha motivado la prestación del consentimiento por el órgano de contratación y ha recaído sobre la sustancia de la cosa objeto del contrato y sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente han dado motivo a celebrarlo (art. 1266.2 del Código Civil). Se está pues ante un error invalidante del consentimiento porque recae sobre aquellos aspectos de la prestación mejorada por la proposición que determinaron que se le adjudicara el contrato a ese contratista con exclusión de los demás licitadores. Este es el motivo que explica el hecho de que la Cláusula 12.3 PCAP concrete como causa

de resolución la falsedad de las mejoras de la oferta del contratista, porque un error determinante como éste invalida el consentimiento (art. 1.266 del Código Civil) y sin consentimiento no hay contrato (art. 1.261 del Código Civil).

6. Las mejoras de la proposición del contratista en cuanto modulan, precisan, y perfeccionan su prestación son determinantes de la adjudicación precisamente a él del contrato, con postergación de los otros competidores (art. 74.3 TR-LCAP).

Esas mejoras propuestas de sus prestaciones, por ser determinantes de la adjudicación, son obligaciones esenciales cuyo incumplimiento es causa de resolución [art. 111. g) TR-LCAP]. Esta es la razón que explica que la cláusula 12.3 PCAP de este contrato, al amparo del art. 111. b) TR-LCAP, haya establecido que la falsedad de las mejoras a la oferta propuestas por el contratista provocarán la resolución del contrato con pérdida de la garantía constituida, así como la exigencia de las responsabilidades e indemnizaciones que tal hecho se deriven.

7. Según la documentación obrante en el expediente, la Subdirectora de Logística y Contratación del Hospital pidió el suministro de menaje desechable correspondiente al año 2006, señalando como fecha de entrega el 13 de noviembre de 2006. En el documento de pedido, en el apartado de observaciones, se advertía de que los plazos de entrega en los años 2007 y 2008 serían reprogramados por el almacén, conforme a la cláusula 18.1 PCAP.

El pedido fue entregado, según consta en los correspondientes albaranes, el 10 de noviembre de 2006, pero excepto una partida de elementos de menaje, todas las demás se entregaron incompletas, en unas faltaba el 2'17% de los utensilios desechables, en otra el 4%, en otra el 100% y en la última el 62'5%. Así no se entregaron los 14.000 tenedores previstos ni 120.000 vasos de 192.000 previstos, lo cual constituye incumplimiento parcial grave.

8. El contratista está 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. La mora del contratista no precisa de previa intimación por parte de la Administración (185.1 TR-LCAP).

La obligación esencial del contratista en el contrato de suministro es entregar los bienes en la cantidad y los plazos pactados. Una entrega de bienes en cantidad menor a la pactada constituye un incumplimiento de esta obligación esencial, y representa por sí solo la causa de resolución contractual tipificada en el art. 111. g) TR-LCAP. En relación con esto, la cláusula 21 bis PCAP faculta a la Administración

para resolver el contrato cuando el contratista incumpla parcialmente sus prestaciones: lo que a su vez posee la cobertura legal que le proporciona los art. 95.5 y 6 TR-LCAP, por cuya virtud, respectivamente, "la Administración tendrá la misma facultad (de optar entre la resolución del contrato o la imposición de penalidades) a que se refiere el apartado anterior respecto el incumplimiento por parte del contratista de los plazos parciales, cuando se hubiese previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares o cuando la demora en el cumplimiento de aquéllos haga presumir razonablemente la imposibilidad del cumplimiento del "plazo total", y "cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incumplido la ejecución parcial de las prestaciones definidas en el contrato, la Administración podrá optar, indistintamente, por su resolución o por la imposición de las penalidades que, para tales supuestos, se determinen en el pliego de cláusulas administrativas particulares".

En conclusión, la entrega del menaje desechable en cantidades inferiores importantes pactadas para su suministro en el año 2006 constituye la causa de resolución tipificada en el art. 111. g) TR-LCAP y concretada y desarrollada, al amparo del art. 111. h) TR-LCAP, por la cláusula 21 bis PCAP.

9. Además, la empresa no procedió a entregar en fecha posterior las 1.000 cucharas, los 600 platos, los 14.000 tenedores y los 120.000 vasos que faltaban para completar el suministro correspondiente al año 2006, ni ofreció entregarlos aun fuera de plazo, sino que el 28 de noviembre de 2006, dieciocho días después de aquella entrega parcial, se dirigió por escrito a la Administración comunicándole que "debido a problemas con nuestro distribuidor del material objeto de este contrato, nos vemos obligados a renunciar a la parte del concurso no llevado a cabo hasta el momento, esto es, el material pendiente de suministrar correspondiente al ejercicio 2006, así como las entregas de material correspondientes a los ejercicios 2007 y 2008".

Esta comunicación revela que las mejoras de su proposición, determinantes de que se le adjudicara el contrato, no fueron cumplidas, atendiendo al propio tenor del mismo, puesto que en su proposición, que forma parte integrante del contrato, declaraba que contaba con suficientes existencias de los productos en sus almacenes para prevenir retrasos debidos a incidentes de producción, huelga del proveedor o del transporte; que disponía de capacidad de almacenamiento suficiente para sesenta días; que contaba con medios propios de transporte; y que mantendrían en todo momento las adecuadas existencias para cubrir las necesidades de

aprovisionamiento del hospital. En cambio, ahora, en contradicción con lo declarado en su proposición, manifiesta que depende de un distribuidor de material, que carece de existencias almacenadas para prevenir retratos por incidentes de producción o huelgas, y que no mantiene en todo momento las adecuadas existencias para cubrir las necesidades de suministro del hospital.

Esta falta de cumplimiento de las mejoras propuestas por el contratista, e incluidas en su proposición, determina la aplicación de la cláusula 12.3 PCAP que estipula que dicha circunstancia provocará la resolución del contrato con pérdida de la garantía constituida, así como la exigencia de las responsabilidades e indemnizaciones que de tal hecho deriven.

III

A la propuesta de resolución cabe formularle dos observaciones:

En el antecedente de hecho duodécimo afirma que cumplido el primer plazo de entrega la contratista sólo había suministrado material por valor de 2.160 €, por lo que el valor de lo no suministrado asciende a la cantidad de 27.425 €.

Esta afirmación no es exacta porque el precio total del contrato es de 29.585 €, pero éste se ejecutaba mediante entregas de material anuales entre los años 2006-2008. El contratista no cumplió completamente con el suministro correspondiente al año 2006 y es la diferencia entre el valor de éste y el valor de lo efectivamente entregado la que proporciona el valor de lo no ejecutado en el primer plazo.

La segunda observación atañe al antecedente de hecho decimocuarto, donde se dice que "Llegado el 1 de enero de 2007, la empresa C.M., S.L. no procedió nuevamente a servir el pedido correspondiente, produciéndose un nuevo incumplimiento en la entrega de los bienes a suministrar".

Esta afirmación no se corresponde con la documentación obrante en el expediente, porque en él figura el documento del pedido nº 138207 donde efectivamente se señala la fecha 1 de enero de 2007 como la de entrega del menaje correspondiente a ese año, pero en ese mismo documento en el apartado observaciones se lee "Los plazos de entrega de los años 2007 y 2008 les serán reprogramados por el almacén"; y no consta ningún otro documento que pruebe que el Servicio de Suministro confirmó dicha fecha o fijó otra distinta para la segunda entrega del material, por lo que ante la advertencia del Servicio de que la fecha inicialmente fijada se reprogramaría o variaría, no se puede considerar que el

contratista la incumplió si no hubo una comunicación posterior de la fecha en que debía suministrar el segundo pedido.

C O N C L U S I Ó N

Procede la resolución contractual por las causas tipificadas en la cláusula 21 bis PCAP en relación con el art. 111. g) TR-LCAP, y en la cláusula 12.3 PCAP en relación con el arts. 111. h) TR-LCAP. La Propuesta de Resolución objeto de este Dictamen es conforme a Derecho, sin perjuicio de que proceda corregir el sentido de dos afirmaciones incorporadas a sus antecedentes de hecho duodécimo y decimocuarto, en los términos que se indican en el Fundamento III.