



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 160/2021

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 8 de abril de 2021.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Fuerteventura en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato menor de suministro de mascarillas lavables homologadas suscrito con (...) (EXP. 142/2021 CA)**.

FUNDAMENTOS

I

1. El presente dictamen, solicitado mediante oficio de 10 de marzo de 2021 (con registro de entrada en este Organismo consultivo el mismo día) por el Presidente del Cabildo Insular de Fuerteventura, tiene por objeto examinar la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución por la que se acuerda la resolución del contrato administrativo de suministro suscrito el día 16 de septiembre de 2020 con (...), y que tiene por objeto « (...) *el suministro de mascarillas lavables homologadas, por parte de una empresa especializada que cumpla con las especificaciones técnicas establecidas en esta memoria justificativa, para fomentar entre los jóvenes, que participen en las actividades desarrolladas por el Servicio de Educación y Juventud, el cumplimiento de las medidas de prevención e higiene establecidas por el Gobierno en el Real-Decreto Ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19*» (Apartado primero de la memoria justificativa del contrato menor, de 18 de agosto de 2020).

2. La legitimación para solicitar la emisión del Dictamen de este Consejo Consultivo le corresponde al Presidente del Cabildo Insular de Fuerteventura, según lo dispuesto en el art. 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (en adelante, LCCC).

* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

Asimismo, es competencia del Consejo Consultivo la emisión, con carácter preceptivo, de dictamen en los supuestos de «(...) nulidad, interpretación, modificación y resolución de los contratos administrativos en los casos previstos en la normativa general de contratación administrativa» [art. 11.1.D, apartado c) LCCC]. En este sentido, el art. 191.3, letra a), 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 -en adelante, LCSP- (texto legal aplicable al presente supuesto de acuerdo con lo establecido en el apartado segundo de la Disposición transitoria primera en relación con la Disposición final decimosexta de la citada Ley), señala que « (...) será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos y respecto de los contratos que se indican a continuación: a) La interpretación, nulidad y resolución de los contratos, cuando se formule oposición por parte del contratista». Circunstancias éstas que concurren en el presente procedimiento administrativo -incluida la oposición del contratista-.

3. La competencia para resolver el presente expediente de resolución contractual le corresponde al órgano de contratación (art. 212.1 LCSP). En el caso concreto analizado, dicha competencia le corresponde a la Consejera insular delegada en las materias de Empleo, Educación y Juventud (Antecedente de Hecho decimoquinto de la Propuesta de Resolución y apartado sexto de la memoria justificativa del contrato menor, de 18 de agosto de 2020).

4. En cuanto al régimen jurídico aplicable, resultan de aplicación 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; las disposiciones normativas que la desarrollan (significativamente, el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas -en adelante, RGLCAP-); y supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo (arts. 16 y 25.2 LCSP).

5. En lo que se refiere al plazo máximo para resolver, se entiende que el presente procedimiento administrativo de resolución contractual no está caducado. Respecto a esta cuestión, el art. 212.8 de la LCSP prevé un plazo máximo de ocho meses para instruir y resolver los expedientes de resolución contractual. Plazo que no se ha superado en el presente supuesto.

II

Los antecedentes que han dado origen al presente procedimiento administrativo y que constan documentados en el expediente remitido son los siguientes:

1.- Con fecha 17 de agosto de 2020 se incoa expediente para la contratación del suministro de mascarillas lavables homologadas. El objeto del contrato estaba constituido por « (...) el suministro de mascarillas lavables homologadas, por parte de una empresa especializada que cumpla con las especificaciones técnicas establecidas en esta memoria justificativa, para fomentar entre los jóvenes, que participen en las actividades desarrolladas por el Servicio de Educación y Juventud, el cumplimiento de las medidas de prevención e higiene establecidas por el Gobierno en el Real-Decreto Ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19” (apartado primero de la memoria justificativa del contrato menor).

Por su parte, el apartado cuarto de la memoria justificativa, de 18 de agosto de 2020, detallaba las especificaciones técnicas y de calidad que tendría que cumplir el adjudicatario.

No obstante, mediante informe justificativo de necesidad de fecha 7 de septiembre de 2020, se decide ampliar la cantidad de mascarillas objeto del contrato menor de suministro de 3.500 a 5.500 unidades.

2.- Una vez tramitado el correspondiente procedimiento de licitación, mediante Resolución n.º CAB/2024/4189, de 16 de septiembre de 2020, de la Consejera delegada de Empleo, Educación y Juventud, se adjudica « (...) el servicio de asesoramiento técnico para la producción del suministro “DE MASCARILLAS LAVABLES HOMOLOGADAS” al segundo (...) ((...)) con DNI: (...), por importe de once mil trescientos treinta euros (11.330,00 €)».

3.- Con fecha 17 de septiembre de 2020 se remite correo electrónico a la contratista desde el Servicio de Educación y Juventud del Cabildo Insular de Fuerteventura, detallándose el pedido de mascarillas en los siguientes términos:

«- 2750 mascarillas con el diseño blanco (adjuntamos), talla medida A (de adulto); de las cuales la mitad 1375 tendrán el elástico que se sujeta de las orejas y las otras serían las que se sujetan desde la parte posterior de la cabeza.

- 2750 mascarillas con el diseño negro (adjuntamos), talla medida A (de adulto); de las cuales la mitad 1375 tendrán el elástico que se sujeta de las orejas y las otras serían las que se sujetan desde la parte posterior de la cabeza».

4.- Con fecha 3 de noviembre de 2020 se produce la recepción del pedido de mascarillas en el Cabildo Insular de Fuerteventura.

5.- Mediante informe de 10 de noviembre de 2020, emitido por la Jefa de Servicio de Educación y Juventud, se deja constancia de la no conformidad de la Administración con los bienes suministrados. Dicho informe se manifiesta en los siguientes términos:

«- La elección de la talla se hizo tomando como referencia las mascarillas de prueba proporcionadas por el adjudicatario, de las cuales ninguna tenía dimensiones iguales o parecidas a las mascarillas que se han hecho llegar a este servicio tras la adjudicación.

- Nuestro servicio trabaja con jóvenes de entre 14 y 35 años por lo que, consideramos que lo más adecuado era elegir la talla de adulto. Aun así, ningún adulto de la unidad ha podido usar las mascarillas dado su superior y exagerado tamaño.

Por lo cual, mediante esta notificación se pone en conocimiento del adjudicatario la NO CONFORMIDAD del suministro realizado».

6.- El día 11 de noviembre de 2020 la Administración insular procede a la devolución de las mascarillas al adjudicatario con el fin de que proceda a la reposición de las mismas.

Tanto el informe de no conformidad como el acuerdo de devolución de las mascarillas suministradas constan debidamente notificados a la adjudicataria.

7.- Mediante escrito fechado el 11 de noviembre de 2020, (...) presenta *«(...) escrito de IMPUGNACIÓN POR ANULABILIDAD del artículo 48.1 de Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, contra el Informe de No conformidad de ese Organismo, de fecha 10 de noviembre de 2020, recaído sobre el expediente de referencia 2020/00019308G, de CONTRATACIÓN DEL SUMINISTRO DE MASCARILLAS LAVABLES HOMOLOGADAS, y en su caso, para el caso que no estimen las presentes alegaciones, en conformidad con el artículo 66 y siguientes de Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, SOLICITUD DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL (...)».*

8.- Con fecha 24 de noviembre de 2020, el Servicio de Educación y Juventud emite documento administrativo en el que expone los motivos por los que se ratifica en su escrito de no conformidad, admite la prueba propuesta por la adjudicataria y acuerda suspender los plazos de garantía.

Dicho documento es objeto de notificación a la adjudicataria del contrato de suministro.

9.- Mediante escrito de 4 de diciembre de 2020 (...) formula alegaciones respecto al pronunciamiento efectuado por el Servicio de Educación y Juventud con fecha 24 de noviembre de 2020.

En este sentido, solicita que se alce la suspensión, continuándose con la tramitación de la impugnación por anulabilidad del art. 48.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) y de la reclamación de responsabilidad patrimonial. Asimismo, la adjudicataria exige el cumplimiento y ejecución del contrato, así como el pago del precio vía art. 301 LCSP, por entender la parte que no existen vicios del art. 305 LCSP.

Por lo demás, junto al escrito de alegaciones se incorpora informe pericial suscrito por el arquitecto (...), sobre *«la Idoneidad en la Ejecución del Equipamiento»*, en el que se formulan las siguientes conclusiones:

«• Las mascarillas suministradas por (...) han sido fabricadas de acuerdo a las dimensiones ofertadas

• Que dichas dimensiones no sólo son las mismas que las muestras facilitadas previa a la adjudicación sino que son las mismas realizadas para otros muchos clientes

• Que dichas dimensiones para nada resultan exageradas ni sobredimensionadas y aún menos son un impedimento para ser utilizadas con normalidad por cualquier adulto.

En vista de lo cual, dictamino que no existe evidencia técnica alguna que sustente la no conformidad y con ella la devolución de los bienes suministrados objeto de disputa».

III

En cuanto a la tramitación del expediente de resolución contractual, constan practicadas las siguientes actuaciones:

1.- Con fecha 23 de febrero de 2021 se dicta providencia de la Consejera delegada de Empleo, Educación y Juventud del Cabildo Insular de Fuerteventura por la que se dispone que *«se tramite expediente por si procediera resolución del contrato de suministro de mascarillas lavables y homologadas con número de Resolución CAB/2020/4189 de fecha 16/09/2020 (...)»*.

2.- Con fecha 28 de diciembre de 2020 se solicita a la Asesoría Jurídica del Cabildo Insular de Fuerteventura la emisión del informe a que se refiere el art. 109.1, letra c) del RGLCAP.

3.- Mediante informe de 8 de febrero de 2021, emitido por la Directora de la Asesoría Jurídica del Cabildo de Fuerteventura, se advierte al instructor del procedimiento que *«a efectos de la emisión del informe referenciado se interesa se*

recabe informe acerca de la idoneidad técnica de las mascarillas a la Unidad de Prevención de este Cabildo».

Asimismo, y con fecha 15 de febrero de 2021, la Directora de la Asesoría Jurídica del Cabildo de Fuerteventura informa « (...) *que ha de formalizarse propuesta de resolución que, de conformidad con la Disposición Adicional Tercera.8, ha de someterse a informe de esta Asesoría Jurídica».*

4.- Con fecha 24 de febrero de 2021 se acuerda la apertura del trámite de audiencia al contratista para que, en el plazo de diez días hábiles, presente alegaciones respecto a la resolución contractual pretendida por la Administración Pública.

5.- Mediante escrito de 4 de marzo de 2021, la adjudicataria del contrato formula escrito de alegaciones, oponiéndose a la resolución del contrato de referencia.

6.- Con fecha 10 de marzo de 2021, se emite Informe-Propuesta de Resolución en cuya virtud se plantea *«resolver el contrato de suministro de mascarillas lavables homologadas, adjudicada a (...) en la Resolución número CAB/2020/4189 de fecha 16/09/2020 (...) por incumplimiento regulado en el artículo 211.1 en su apartado f) 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 (...) . La empresa adjudicataria ha incumplido la obligación principal del contrato toda vez que la empresa no ha recogido las características recogidas en las Especificaciones UNE-0065 en relación a la elaboración, confección, marcado y uso de las mascarillas en la talla adulto, tal y como se recogieron en el documento descriptivo de manera clara, inequívoca y precisa».*

IV

1. Una vez examinado el contenido del expediente de resolución contractual remitido a este Consejo Consultivo se aprecia la existencia de varias circunstancias que impiden la emisión de un juicio de adecuación jurídica respecto al tema de fondo. Así, resulta oportuno formular las siguientes consideraciones jurídicas.

1.1. En primer lugar, y pese a que, formalmente, consta la solicitud -con fecha 28 de diciembre de 2020- de informe jurídico a la Asesoría Jurídica del Cabildo Insular de Fuerteventura ex art. 109.1, letra c) RGLCAP, dicho trámite no puede darse por válidamente evacuado.

Y es que, como señala la propia Directora de la Asesoría Jurídica del Cabildo de Fuerteventura -en informe de 15 de febrero de 2021- « (...) *ha de formalizarse propuesta de resolución que, de conformidad con la Disposición Adicional Tercera.8, ha de someterse a informe de esta Asesoría Jurídica*». Sin embargo, este informe, con dicho pretexto (la exigencia de «*propuesta de resolución*», que, por otra parte, no establece la D.A. Tercera 8 LCSP ni el art. 109.1.c. RGLCAP) no entra a analizar jurídicamente el contenido del expediente y los motivos de resolución contractual, informe que, de acuerdo con la normativa citada, resulta preceptivo y se ha de integrar en la instrucción del procedimiento, antes de la audiencia al contratista y de redactarse la propuesta de resolución ex art. 82.1 LPACAP.

Por lo demás, es oportuno traer a colación lo informado con fecha 8 de febrero de 2021 por la Directora de la Asesoría Jurídica del Cabildo de Fuerteventura, en el sentido de advertir al órgano instructor del procedimiento de resolución contractual de la necesidad de que, con carácter previo a la solicitud y posterior emisión del informe jurídico a que se contrae el art. 109.1, letra c) RGLCAP, « (...) *se recabe informe acerca de la idoneidad técnica de las mascarillas a la Unidad de Prevención de este Cabildo*». Trámite que no consta debidamente cumplimentado en el expediente administrativo de referencia.

Así pues, no habiéndose emitido el informe preceptivo por parte de la Asesoría Jurídica del Cabildo de Fuerteventura, se entiende que procede subsanar dicha deficiencia procedimental so pena de incurrir en causa de nulidad ex art. 47.1, letra e) LPACAP. Todo ello al amparo de los arts. 212.1 LCSP y 109.1, letra c) RGLCAP, en relación con los arts. 55 y 86 del Reglamento Orgánico del Cabildo Insular de Fuerteventura (B.O.P., n.º 143, de 27 de noviembre de 2019).

1.2. En segundo lugar, la Propuesta de Resolución sometida a la consideración jurídica de este Consejo Consultivo adolece de alguno de los caracteres que son propios de toda resolución administrativa. En este sentido, se ha de indicar que, si bien aquélla contiene una extensa relación de antecedentes fácticos, se echa en falta una motivación jurídica acabada de la decisión administrativa pretendida (resolución del contrato de suministro), especialmente a la vista del contenido y las conclusiones expuestas en el informe pericial aportado por la adjudicataria del contrato -y que ni se valora ni se contradice por la Administración Insular- (arts. 35 y 88 LPACAP).

2. En conclusión, una vez advertidas las anteriores deficiencias en el presente procedimiento administrativo de resolución contractual, resulta oportuno proceder a la subsanación de las mismas. En primer lugar, evacuando en tiempo y forma el informe preceptivo de la Asesoría Jurídica del Cabildo Insular de Fuerteventura, previo informe acerca de la idoneidad técnica de las mascarillas a la Unidad de Prevención de ese Cabildo; y, una vez cumplimentado dicho trámite (esto es, emitido dicho informe jurídico), ha de darse, previo traslado de los informes que se emitan, audiencia al contratista y, en su caso, al avalista, tras lo cual, procede remitir a este Consejo Consultivo, la correspondiente Propuesta de Resolución formulada por el órgano instructor a los efectos de poder dictaminar convenientemente respecto a la adecuación jurídica del asunto planteado.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución por la que se acuerda la resolución del contrato administrativo de suministro suscrito el día 16 de septiembre de 2020 con (...), y que tiene por objeto el suministro de mascarillas lavables homologadas al Cabildo Insular de Fuerteventura, se entiende que no es conforme a Derecho; debiéndose retrotraer las actuaciones a los fines indicados en el Fundamento IV de este Dictamen.