



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 2 8 9 / 2 0 2 2

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 14 de julio de 2022.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato administrativo de suministro de hisopo y tubo con medio de transporte de muestras para la determinación del virus SARS-COV2, con destino a la Dirección Gerencia del Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín, suscrito a favor del Servicio Canario de la Salud por la empresa (...), por cuantía total de 30.600,00 euros (EXP. 278/2022 CA)\*.*

## F U N D A M E N T O S

### I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad por oficio de 23 de junio de 2022, con entrada en el Consejo Consultivo el 29 de junio de 2022, es la Propuesta de Resolución mediante la que se resuelve el contrato de suministro de hisopo y tubo con medio de transporte de muestras para la determinación del virus Sars-Cov 2, para la Dirección Gerencia del Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín, adjudicado a la empresa (...).

2. La legitimación para la solicitud de dictamen se deriva del art. 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC).

3. 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

\* Ponente: Sra. de León Marrero.

febrero de 2014 (en adelante, LCSP) 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 estas que concurren en el presente procedimiento administrativo -incluida la oposición del contratista-.

4. En lo que se refiere al régimen jurídico aplicable, se han de efectuar las siguientes consideraciones jurídicas:

4.1. Respecto a la regulación del contrato es oportuno traer a colación lo ya indicado por este Consejo Consultivo, entre otros, en sus Dictámenes 233/2019, de 20 de junio, 391/2019, de 7 de noviembre o 320/2020, de 30 de julio, que distingue el régimen sustantivo aplicable al contrato del régimen procedimental aplicable a la resolución del contrato.

En cuanto al régimen sustantivo, habiéndose adjudicado el contrato de suministros de hisopo y tubo con medio de transporte de muestras para la determinación del virus Sars-Cov 2, para la Dirección Gerencia del Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín el 17 de enero de 2022, resulta aplicable la LCSP.

Dentro del referido marco legal, el régimen al que han de ajustarse los efectos y extinción del contrato es, según dispone el art. 25 LCSP, el establecido por la propia Ley y sus disposiciones de desarrollo -actualmente, y a falta de tal desarrollo reglamentario, el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP) aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre-, aplicándose supletoriamente las restantes normas de Derecho administrativo y, en su defecto, las normas de Derecho privado.

4.2. Respecto al Derecho procedimental aplicable se ha de señalar que:

4.2.1. Las normas de procedimiento aplicables serán las vigentes en el momento de inicio del expediente administrativo encaminado a la resolución del contrato. Este criterio se sustenta en lo establecido en la Disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas -en adelante, LPACAP- («a) A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior»), norma de aplicación subsidiaria a los

procedimientos en materia de contratación, según establece el apartado primero de la Disposición Final cuarta LCSP.

Al respecto se ha pronunciado este Consejo Consultivo, entre otros, en los Dictámenes 156/2000, de 20 de diciembre; 348/2006, de 26 de octubre; 78/2007, de 12 de febrero o 320/2020, de 30 de julio.

4.2.2. A la vista de lo anteriormente expuesto, y habiéndose iniciado el presente procedimiento de resolución contractual el día 19 de abril de 2022, esto es, bajo la vigencia de la LCSP, es por lo que procede acudir, en primer lugar, a su art. 191.3, relativo al «*procedimiento de ejercicio*» de las prerrogativas de la Administración Pública en materia de contratación.

En dicho precepto se establecen como trámites preceptivos la audiencia al contratista (art. 191.1) y, cuando se formule oposición por parte de éste, el Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva [art. 191.3, letra a)]. Trámites estos que aparecen debidamente cumplimentados en el procedimiento administrativo que se ha remitido a este Consejo.

Por su parte, el art. 109.1, apartado b) RGLCAP, prevé también la apertura de un trámite de audiencia al avalista cuando se proponga la incautación de la garantía depositada. Este trámite no resulta necesario en este caso porque no se exigió garantía definitiva en atención a las peculiaridades del contrato.

5. En cuanto al plazo máximo para resolver el procedimiento administrativo de resolución contractual, procede la aplicación residual del plazo previsto en el art. 21.3 LPACAP, al haber sido declarado -por el Tribunal Constitucional en Sentencia 68/2021, de 18 de marzo- contrario al orden constitucional de competencias el plazo de ocho meses establecido en el art. 212.8 LCSP; de tal manera « (...) *que no será aplicable a los contratos suscritos por las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las corporaciones locales y las entidades vinculadas a unas y otras [SSTC 50/1999, FFJJ 7 y 8; 55/2018, FFJJ 7 b) y c)]*».

A este respecto, la precitada Sentencia constitucional señala lo siguiente [Fundamento jurídico 7º, apartado C), subapartado c)]:

*«En cuanto a la extinción de los contratos, el art. 212.8 LCSP dispone que los expedientes de resolución contractual deberán ser instruidos y resueltos en el plazo máximo de ocho meses. El Tribunal considera fundada la pretensión del recurrente, por cuanto se*

*trata de una norma de naturaleza auxiliar y procedimental que no puede ser considerada básica. La regulación relativa a la duración de la tramitación de los expedientes de resolución contractual podría ser sustituida por otra elaborada por las comunidades autónomas con competencia para ello, sin merma de la eficacia de los principios básicos en materia de contratación pública (STC 141/1993, FJ 5).*

*Por tanto, procede declarar contrario al orden constitucional de competencias al art. 212.8 LCSP. No se precisa pronunciar su nulidad, dado que la consecuencia de aquella declaración es solamente la de que no será aplicable a los contratos suscritos por las Administraciones de las comunidades autónomas, las corporaciones locales y las entidades vinculadas a unas y otras [SSTC 50/1999, FFJJ 7 y 8; 55/2018, FFJJ 7 b) y c)].*

La aplicación del plazo máximo de tres meses para resolver el procedimiento de resolución contractual, a la vista de la Sentencia del Tribunal Constitucional que declara la exclusiva aplicación del art. 212.8 LCSP a la Administración del Estado y no a las Administraciones de las Comunidades Autónomas, Entidades Locales y entes públicos dependientes, resulta de nuestros recientes Dictámenes 154/2022, de 21 de abril; 163/2022, de 28 de abril; y 182/2022, de 5 mayo, en los que señalamos que tras la referida sentencia, y una vez publicada la misma (B.O.E., n.º 97, de 23 de abril de 2021) conforme al art. 38 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, por diversos Organismos consultivos autonómicos se ha optado por aplicar en estos procedimientos de resolución contractual el plazo de tres meses previsto en el art. 21.3 LPACAP, de carácter básico, añadiéndose por nuestra parte, lo siguiente:

*« (...) 2.3. Así las cosas, la STC 68/2021, de 18 de marzo, se apoya en que el establecimiento de un plazo específico para los supuestos de resolución contractual se incardina en el ámbito de la competencia autonómica de desarrollo de las bases en materia de contratación pública. Al respecto, se recoge que: “ (...) ambas partes reconocen que en esta materia la legislación básica es competencia del Estado de acuerdo con el art. 149.1.18 CE y que las comunidades autónomas pueden asumir la competencia de desarrollo legislativo y ejecución”; «Dentro del respeto a la legislación básica estatal, las comunidades autónomas han podido asumir la competencia de desarrollo legislativo y ejecución en materia de contratación pública (STC 237/2015, de 19 de noviembre, FJ 2)» -Fundamentos jurídicos primero, apartado a) y quinto, apartado B) de la Sentencia).*

*Como ya se ha destacado, el Tribunal Constitucional comienza por descartar el carácter básico de esta previsión legal («El tribunal considera fundada la pretensión del recurrente, por cuanto se trata de una norma de naturaleza auxiliar y procedimental que no puede ser considerada básica»), de lo que deduce a continuación que a las Comunidades Autónomas les cabe sustituir (es la expresión que emplea) dicha previsión por otra de carácter propio: «La*

*regulación relativa a la duración de la tramitación de los expedientes de resolución contractual podría ser sustituida por otra elaborada por las comunidades autónomas con competencia para ello, sin merma de la eficacia de los principios básicos en materia de contratación pública».*

*A partir de lo que se lleva expuesto, hay que entender que a las Comunidades Autónomas les es dado establecer un plazo distinto de caducidad, sea mayor o menor del que contempla el art. 212.8 LCSP.*

*Una vez declarado contrario el precepto (art. 212.8 LCSP) al orden de distribución de competencias entre el Estado y Comunidades Autónomas por las razones antes expresadas, al otorgar la LCSP carácter básico a dicha previsión legal, la consecuencia que el Tribunal deduce no es la nulidad de dicho precepto, sino «solamente la de que no será aplicable a los contratos suscritos por las administraciones de las comunidades autónomas, las corporaciones locales y las entidades vinculadas a unas y otras».*

*Pues bien, en la actualidad no existe ninguna disposición normativa autonómica canaria reguladora del plazo máximo para resolver los expedientes de resolución contractual (en sentido análogo al discutido art. 212.8 LCSP). Es más, tampoco existe una remisión específica a la normativa estatal respecto al régimen aplicable a los contratos, puesto que ni la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias contiene precepto alguno respecto al régimen aplicable a los contratos que celebre la Administración autonómica (más allá del genérico art. 2 que dispone que «Las Administraciones Públicas de Canarias se regirán por la Constitución, Estatuto de Autonomía, la legislación básica del Estado, la presente Ley y por las normas dictadas en desarrollo de éstas, respondiendo su organización, funcionamiento y régimen competencial a los principios de eficacia, economía, descentralización y máxima proximidad a los ciudadanos») ni ninguna otra norma propia establece que el derecho estatal en esta materia -o con carácter general-, sea supletorio de las normas de nuestra Comunidad Autónoma, y ello a diferencia de lo que sucede en otras regiones, como por ejemplo, en Murcia, cuyo Estatuto de Autonomía sí lo establece (sin olvidar la aplicabilidad del art. 149.3 de nuestra Constitución).*

*Por lo demás, la Disposición final cuarta, apartado primero, LCSP señala que «Los procedimientos regulados en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los establecidos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en sus normas».*

*Señalado cuanto antecede, este Consejo Consultivo entiende que procede la aplicabilidad de la normativa básica en materia de procedimiento administrativo común, en este caso, el art. 21.3 LPACAP y por tanto, el plazo para la instrucción y resolución del expediente sería de tres meses y no de ocho. No otra puede ser la conclusión tras la*

*interpretación realizada por el Tribunal Constitucional cuya aplicación en sus estrictos términos entiende este Consejo Consultivo obliga al cambio de doctrina aún a sabiendas de las dificultades prácticas que supondrá la aplicación de tan breve plazo, de tres meses, para la instrucción, resolución y notificación por parte de las Administraciones Públicas de los expedientes de resolución contractual, obstáculo que sólo podría ser removido si se dicta una norma por nuestra Comunidad Autónoma, en el marco de sus competencias, que fije un plazo superior a esos tres meses para la resolución contractual que se tramite por la Comunidad Autónoma así como por las Corporaciones Locales canarias. A falta de tal norma específica, y en tanto la misma sea aprobada, el plazo a aplicar será el de tres meses, como se ha señalado».*

En el presente caso, el inicio del procedimiento administrativo de resolución (19 de abril de 2022) es posterior a la fecha de publicación de la Sentencia 68/2021, de 18 de marzo, del Tribunal Constitucional. Y las normas adjetivas aplicables vienen determinadas -como ya se expuso anteriormente- por el momento en el que el procedimiento se incoa -Disposición transitoria tercera, apartado e) LPACAP-.

De esta manera se ha de concluir que el procedimiento administrativo de resolución contractual sometido a la consideración de este Consejo Consultivo de Canarias no se halla caducado ex art. 21.3 LPACAP en relación con la Disposición final cuarta, apartado primero LCSP, caducidad que se produciría, en su caso, el 19 de julio de 2022.

6. El órgano competente para dictar Resolución es la Dirección Gerencia del Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín, por ser el órgano de contratación. Como tal órgano de contratación ostenta la prerrogativa de acordar la resolución del contrato (arts. 190 y 212.1 LCSP).

## II

Los antecedentes relevantes del presente procedimiento de resolución contractual son los siguientes:

1. Mediante Resolución del Director Gerente, de fecha 17 de enero de 2022, se adjudica a la empresa (...), el contrato 51/S/22/SD/GE/C07/07 para el suministro de hisopo y tubo con medio de transporte de muestras para la determinación del virus SARS-COV2 con destino a la Dirección Gerencia del Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín, derivado del sistema dinámico de adquisición para el suministro de material de protección individual destinado al Servicio Canario de la Salud. En virtud del citado contrato, se hizo un pedido de 15.000 unidades cuya fecha límite de

entrega se estableció, de conformidad con la cláusula 10.3.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas el 31 de enero de 2022 (10 días naturales).

2. Conforme a la cláusula 25 del pliego de cláusulas administrativas particulares que rige para el sistema dinámico de adquisición del que el contrato trae causa, los contratos derivados se perfeccionan con su adjudicación, según dispone el art. 36.3 LCSP, por lo que no fue necesaria su formalización.

3. Con fecha de 8 de abril de 2022, la Directora Económico-Financiera del Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín, emite informe en el que, entre otros extremos, se señala:

*«Quinto.- El Jefe de Servicio de Suministro emite informe con respecto a la ejecución de presente contrato derivado y que a continuación se traslada:*

*Se procedió al pedido con cargo al contrato derivado por 15.000 unidades con un importe de 15.300,00 euros y un plazo de entrega al 31.01.22.*

*Al día de la fecha la mercancía no ha sido entregada en el Almacén General del Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín conforme a lo solicitado.*

*A continuación se traslada extracto de correos entre este Servicio y la empresa (...):*

*Mediante correo electrónico de fecha 07.02.22 se indica que no se acepta el material porque no coincide con lo solicitado, en un principio se detecta que la referencia entregada es la CY 609 cuando la presentada en el expediente es la CHENGWU VTM+SWAB (tal y como figura en el pedido). Al abrir la caja se detecta que la caja viene con hisopo y medio de transporte de forma separada.*

*A la reclamación la empresa contratista (...), el 07.02.22, mediante correo electrónico informa: “ (...) desde el mes de enero, los kits se embalan con el tubo en regleta y el hisopo en peel-pack debido a la rotura de stock en el suministro por parte del fabricante dadas las circunstancias sobrevenidas de la actual pandemia y la excepcionalidad en el consumo de este tipo de productos a nivel mundial. Se trata del mismo producto embalado de forma diferente, de este hecho deriva que la referencia de la caja sea otra (...) ”*

*El mismo día 07.02.22 y también por correo electrónico desde este Servicio se indica que no hay confusión al respecto, en el pliego de prescripciones técnicas se exige que la presentación venga en un Kit (hisopo+medio de transporte). Evidentemente no viene así. Con lo que la referencia no es válida, se les indica que deben recoger el material entregado y entreguen el producto ofertado en la licitación.*

*El 08.02.22 por correo electrónico la empresa (...) traslada lo siguiente: “ (...) Procedemos a enviarles el kit en formato peel-pack que usted requiere los más rápido*

*posible (...) Para no causar inconvenientes al Hospital Negrín, pueden utilizar los kits recepcionados por ustedes sin coste alguno hasta que lleguen los nuevos kits, ya que son perfectamente válidos al objeto de obtener y transportar muestras para realización de pruebas de laboratorio siendo utilizados por todos los centros hospitalarios y áreas de salud a los que hemos distribuido que están integrados en el Sistema Dinámico de Adquisición del Servicio Canario de la Salud.”*

*En correo electrónico de 11.02.22 se le informa a la empresa de que se ha autorizado el uso del material entregado sin coste y se le insiste de que deben indicar una fecha prevista de la mercancía solicitada en el pedido.*

*El 14.03.22 se le vuelve a escribir a la empresa adjudicataria para indicarle que a día de la fecha se sigue sin recibir la mercancía adjudicada, por lo que se cancela la adquisición de este material. También se le indica la alternativa ofrecida sin coste está dando problemas en los procesamientos de muestras con lo que supone un doble gasto en reactivos. Esto no ha pasado con ningún medio de transporte.*

*El mismo día 14.03.22 la empresa (...) informa: “ (...) les indicamos que el pedido debía haber sido entregado en el día de hoy pero no ha sido posible debido a las actuales circunstancias sobrevenidas de huelga de transporte.*

*Les aclaramos que el medio de transporte aceptado y utilizado por ustedes desde el día 11 de febrero también está siendo utilizado desde hace tiempo y sin ningún inconveniente por otros hospitales y gerencia del Sistema Canario de la Salud (...) Están a su disposición los certificados de ejecución de estos suministros (...) ”*

*Sexto.- Igualmente comunica el informe emitido por el Servicio de Microbiología del Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrin, sobre los kits sin coste aportados por la empresa (...):*

*“ (...) Se comienza a recibir muestras en un contenedor semejante al testado, pero con tapón ROJO. Al aplicar la técnica de Simplexa (utilizada cuando se requiere un diagnóstico urgente) se obtiene un resultado INVALIDO en 10 muestras remitidas desde el servicio de urgencias (ver imagen a continuación), pues en todas ellas se produce una inhibición completa del control interno y por tanto no se obtiene resultado. Esto implica repetir el procesamiento de las muestras por un método alternativo, con el consiguiente retraso en el tiempo de respuesta y aumento del coste de la determinación.*

*El medio funciona correctamente al aplicar otras técnicas alternativas de las que disponemos, pero con estos resultados obtenidos a aplicar la técnica Simplexa creemos que, al menos aquellas muestras en la que se requiere un diagnóstico urgente, no se deben enviar en este contenedor. Esta circunstancia puede suponer un problema logístico al requerir distribución de otros contenedores para ser usados en el caso de requerimientos de diagnóstico rápido (técnica Simplexa en nuestro laboratorio). (...) ».*



4. En base a lo expuesto y a la importancia que tiene la entrega de dicho suministro en la asistencia sanitaria, con especial relevancia por estar relacionado con el diagnóstico molecular de infección por SARS-COV-2, que ha supuesto para la Gerencia retraso en el tiempo de respuesta de resultados, así como el aumento del coste de la determinación por utilizar un método alternativo, es por lo que se propone la resolución del contrato derivado.

### III

En cuanto al expediente de resolución contractual, destacan los siguientes trámites:

1. Mediante Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín de fecha 19 de abril de 2022, se inicia la resolución del contrato n.º 133/20.

2. El 3 de mayo de 2022, la empresa (...) presenta alegaciones, de las cuales se extrae lo siguiente:

*«PRIMERA. - OPOSICIÓN A LA INCOACIÓN DEL EXPEDIENTE DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO.*

*Mi mandante no está de acuerdo con la Resolución de inicio de la Resolución del contrato, dado que no consideramos que los hechos expresados sean constitutivos de incumplimientos que justifiquen la medida tan drástica y desproporcionada como es la resolución del contrato, tal y como se explicará a lo largo del presente escrito.*

*Negamos con toda rotundidad que mi representada haya incurrido en incumplimientos de obligaciones esenciales que justifique tal resolución.*

*Es evidente, y no podemos ocultar que las circunstancias sobrevenidas y ajenas a mi representada, esto es, las circunstancias extraordinarias en cuanto al transporte y tensiones producidas en el mercado, han provocado un retraso en la entrega, pero este retraso en modo alguno justifica la resolución de un contrato, puesto que tal y como veremos, el órgano de contratación pretende la resolución del contrato, sin que mi representada haya podido entregar la "mercancía contratada", mercancía, que por otra, cumple escrupulosamente con lo solicitado en el PPT, y que singularmente, por la forma de proceder del órgano de contratación, no ha comprobado, no ha podido testar y por tanto, tampoco podrá acreditar fehacientemente su incumplimiento, puesto que no ha permitido su entrega.*

*Dada la forma en la que se ha llevado a cabo, ni tan siquiera ha podido comprobar el órgano de contratación que el hisopo y tubo con medio de transporte, venían empaquetados en un kit de un solo uso. (...)*

*A efectos de fundamentar una posible resolución del contrato, el incumplimiento de obligaciones ha de ser de tal calado que impida la realización del objeto contractual y, siempre, con estricto cumplimiento de los principios de equidad, buena fe y proporcionalidad, principios que lamentablemente en este expediente no han existido por parte de la entidad contratante.*

#### *SEGUNDA. - SOBRE LA VALIDEZ DE LA ANULACIÓN DEL PEDIDO*

*Que, a pesar de conocer las circunstancias tan excepcionales en el transporte de las mercancías y de la buena fe demostrada por mi representada, en el que puso -sin tener obligación- a disposición el material del que disponía, esta decisión ha servido para que de forma torticera e injustificada se pretenda resolver un contrato, que ni tan siquiera se ha dado la opción de entregar, por lo que tampoco ha sido verificado su contenido y sus características.*

*En el documento que se nos remite para justificar la anulación del pedido, no consta, motivo de rechazo, desconocemos que significa "D5 PEDIDO", tampoco en el apartado relativo a la aclaración se señalada nada que aclare el motivo puesto que solo se señala "este pedido está anulado". Cabe preguntar, en relación a la "supuesta anulación del pedido", cuáles son las razones, qué autoridad o gestor competente ha resuelto tal anulación, en base a qué criterio o informe se ha realizado tal anulación, ¿se ha dado trámite de audiencia para realizar esta anulación del pedido?*

*Igualmente, resulta singular el proceso de anulación de un pedido, en el que directamente, se envía un correo electrónico a un responsable de la empresa, sin ser esta dirección de correo electrónico la habilitada por (...) para la comunicación con el órgano de contratación.*

*Desconocemos, por tanto, el motivo de anulación del pedido y menos justificado queda que no se admita el pedido, y que el órgano de contratación, anule el pedido de forma irregular, y además no compruebe las características del producto y su perfecta sintonía con lo requerido en el PPT.*

*En la resolución, ni se acredita, ni se justifica, que el "suministro", que se pretendió entregar con fecha 14 de marzo, y que no fue entregado por responsabilidad del órgano de contratación, no cumpla con las especificaciones técnicas del PPT, puesto que si no ha sido entregado no ha podido ser cotejado ni verificado, -hecho importante que ha pasado desapercibido por el órgano de contratación-. Puesto que la resolución del contrato se basa en un suministro previo, anticipado y gratuito, de material que puso a disposición del órgano de contratación mi representada de buena fe y con la debida diligencia para buscar soluciones alternativas, debido a los retrasos (justificado por los problemas del transporte y la tensión del mercado).*

*De tal manera que se anula el pedido de forma irregular, no se acepta la mercancía - sin haber instruido el expediente correctamente-, y ahora se pretende resolver el contrato, por un supuesto incumplimiento, cuando el único incumplimiento es un incumplimiento en el plazo de entrega y que este se ha debido a circunstancias ajenas a mi representada, porque la realidad es que en la Resolución recibida no se acredita ni justifica que el suministro que debía de entregarse y que no se pudo entregar por decisión irregular del órgano de contratación incumpla el PPT.*

*El suministro que se intentó entregar el 14 de marzo cumplía estrictamente con los requerimientos establecidos en el PPT. Por lo que, resulta imposible poder promover una resolución del contrato, y, pretender justificar un incumplimiento cuando no se ha tenido oportunidad de suministrar el pedido, ya que no fue recibido. (...)*

*Pues bien, nótese que mi representada, -salvo la entrega gratuita y como medida anticipatoria y alternativa- por mor de la "irregular cancelación del pedido", no ha podido hacer entrega de la "totalidad del suministro solicitado", por lo que tampoco se le habría dado la oportunidad que señala el citado precepto, de subsanación.*

*Este hecho, ha impedido comprobar a la Administración que el suministro que no ha sido aceptada su recepción, cumplía estrictamente lo requerido en el PPT, esto es, hisopo y tubo con medio de transporte de muestras para la determinación del virus SARS-CoV2, en un kit de un solo uso y empaquetado en la forma de la muestra entregada (hisopo+tubo).*

**TERCERA. - RESOLUCIÓN DEL CONTRATO MEDIDA CARENTE DE MOTIVACIÓN, DESPROPORCIONADA E INJUSTIFICADA. PENALIDAD POR RETRASO.**

*(...) A la vista de lo manifestado, y asumiendo que el retraso en la entrega se ha producido por unas circunstancias ajenas a mi representada, el órgano de contratación antes de promover la resolución del contrato, puede y ha podido promover un expediente de penalización por el retraso antes que promover una medida cuanto menos cuestionable y desproporcionada, no en vano en la cláusula 32.1.2 del PCAP, se señala esta posibilidad " Si llegado el final de dichos plazos, la persona contratista hubiere incurrido en demora por causa a ella imputable, la Administración podrá optar indistintamente, por la pérdida de la garantía constituida o por la imposición de las penalidades diarias en la proporción de 0,60 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato"*

*Es decir, el retraso, se produce por circunstancias sobrevenidas y no imputables a mi representada, no en vano, otros órganos de contratación han sido flexibles y comprensivos por estas excepcionales circunstancias (huelga y problemas logísticos globales), por lo que no se cumpliría el requisito para justificar ni la penalidad ni la resolución.*

*No obstante, de no acoger que las circunstancias no fueron imputables a mi representada, al menos y a tenor de las circunstancias expuestas, el órgano de contratación*

*ha podido promover un expediente de penalización antes de promover la resolución del contrato, haciéndolas en su caso, efectivas deduciendo su importe en los abonos a realizar a mi contratista.*

*CUARTA. - Sobre algunas cuestiones que se señala en la Resolución. PPT y los requerimientos técnicos.*

*Sin perjuicio de lo manifestado hasta este momento, en cuanto a que realmente, mi representada no ha podido hacer entrega del "pedido contratado" y que éste, tampoco ha sido verificado ni comprobado por la Administración contratante, puesto que la resolución se basa en material entregado gratuitamente para solventar unas circunstancias excepcionales, pasamos a exponer algunas cuestiones que nos han llamado la atención.*

*En la resolución de inicio se dice: "El medio funciona correctamente al aplicar otras técnicas alternativas de las que disponemos, pero con estos resultados obtenidos a aplicar la técnica Simplexa creemos que, al menos aquellas muestras en la que se requiere un diagnóstico urgente, no se deben enviar en este contenedor.*

*En el pliego de prescripciones técnicas de la licitación solamente se exige que el medio de transporte sea "apto para el cultivo celular y compatible con técnicas de diagnóstico molecular", no siendo exigible que sea compatible con TODAS las técnicas de diagnóstico molecular o si la aplicación de la técnica Simplexa es un requisito indispensable debería ser incluido en las especificaciones del pliego.*

*Asimismo, se señala que no funciona con las muestras de diagnóstico urgente, si también es requisito indispensable debería ser especificado en el pliego de prescripciones técnicas.*

*Curiosamente, como podrá comprobar el órgano de contratación en el pliego de prescripciones técnicas de la nueva licitación tampoco incluye ninguno de estos puntos, por lo que la aplicación de la técnica Simplexa no debe ser un requisito indispensable puesto que nada se dice, a pesar que como decimos es la nueva licitación.*

*En la resolución también se dice: "Se comienza a recibir muestras en un contenedor semejante al testado, pero con tapón ROJO", pues bien, como podrán comprobar las muestras entregadas en la presentación de nuestra oferta, y por tanto admitidas, tienen el tapón rojo y no de otro color, por lo que no entendemos por qué se aduce ahora esta cuestión.*

*Sorprende que este mismo producto, con las mismas características, haya sido entregado y suministrado por (...) en el marco de este mismo SDA, en el Hospital Universitario de Canarias (HUC), así como también en otros contratos dentro del Servicio Canario de la Salud suministrado a la Gerencia de Atención Primaria del Área de Salud de Gran Canaria y en otros servicios de salud autonómicos, como el realizado en el Servicio de Salud del Principado de Asturias. Para mayor abundamiento, se ha recibido otro pedido del Hospital Universitario de Canarias (HUC). (...).*

*Puesto que la Administración es la autora del Pliego de Cláusulas Administrativas y del PPT, no es su posición la que debe prevalecer en el caso de interpretación de cláusulas oscuras (así Mestre D., J. F. La posición singular de la Administración en la contratación administrativa según la Jurisprudencia reciente, publicado en el núm. 47 de la REDA, páginas 425 y siguientes), por ser de aplicación lo dispuesto en el art. 1288 del Código Civil.*

*Considerando el hecho de que sea la Administración la autora de los Pliegos de Cláusulas, fuerza a configurar los contratos administrativos como contratos de adhesión, aplicando las consecuencias derivadas de dicha caracterización a la interpretación realizada de sus cláusulas por la Administración, con objeto de no beneficiar, aún más, a quien es ya autora del régimen jurídico del contrato, como la Sentencia del Tribunal Supremo de 6/07/1990 (RJ 1990, 6322), obligando a tener muy en cuenta la prescripción del art. 1288 del CC, dirigida a evitar que la oscuridad de una cláusula contractual pueda favorecer a la parte que la hubiera provocado, prevención que, en este caso, ha de jugar con relación a quien formula el clausulado de estas convenciones, esto es, con la Administración contratante. En el mismo sentido, entre otras muchas, la STS de 18 de julio de 1988.*

*Por ello, podemos decir que la Resolución que se impugna, contraviene el ordenamiento jurídico y, más concretamente, lo que dispone el PCAP que rige el presente contrato que opera entre las partes.*

*Además, el Código Civil establece en su art. 1284, que si una cláusula admite diversos sentidos, debe interpretarse en el más adecuado para que produzca efecto, (TS 05/06/01, RJ 7427 Y 7428; 06/04/06, RJ 4906), y del art. 1288 del mismo cuerpo legal que establece que las cláusulas oscuras no pueden favorecer a quien ocasiona la oscuridad, (TS 02/01/80, RJ 149; 18/07/1988, RJ 5915; 20/01/99, RJ 314; 09/01/02, RJ 1834; 03/02/03, RJ 2039), además de subrayar la importancia de la buena fe como principio informador de la interpretación de los contratos.*

#### **QUINTA. - DEVOLUCIÓN DEL MATERIAL ENTREGADO GRATUÍTAMENTE**

*Que con fecha catorce de marzo de dos mil veintidós, solicitamos al Jefe del Servicio de Suministros, que se devolviera a mi representada el material sobrante, material que fue entregado voluntariamente, de forma gratuita, como alternativa transitoria a la entrega que se iba a realizar en los días posteriores y que tal y como se ha explicado no pudo ser entregada por decisión del órgano de contratación.*

*Por lo que reiteramos y solicitamos, que se devuelva el material aceptado y suministrado gratuitamente y que hasta la fecha - y a pesar- del supuesto, "incumplimiento del material" y que por tanto al parecer no puede ser utilizado, no ha sido devuelto.*

#### **SEXTA. - PROPUESTA DE SOLUCIÓN**

*Que a la vista de lo que se ha puesto de manifiesto, y si realmente el órgano de contratación, pretende solventar esta situación tan incómoda para mi representada como para el órgano de contratación, lo lógico sería que admitiera la entrega del material que ha sido puesto a disposición en la fecha del 14 de marzo puesto que en este escrito hemos demostrado que cumple el PPT, es decir, hisopo y tubo con medio de transporte de muestras para la determinación del virus SARS-CoV2, en un kit de un solo uso y empaquetado en la forma de la muestra entregada.*

*Asimismo, en prueba de la buena fe con la que en todo momento mi representada se ha conducido, si fuera admitido el suministro (previa comprobación del órgano de contratación), mi representada, previa justificación documental, asumiría los costes ocasionados por el retraso en la entrega, en la cuantía que se ha señalado en el Resolución impugnada por estas alegaciones. (...)».*

3. Vistas las alegaciones presentadas por la empresa (...), el Jefe de Servicio de Suministros el 13.05.22 emite el siguiente informe:

*«Alegación primera: Como ya se comentó en la resolución de fecha 19/04/22 el incumplimiento se debe a dos motivos, la primera que lo entregado inicialmente según pedido no es la referencia adjudicada (ANEXO I) aunque se acepta de forma temporal y sin coste para la Gerencia una referencia distinta a la adjudicada y segundo que la fecha de entrega estaba prevista para el 31/01/2022 a la pregunta realizada por parte del Servicio de Suministros el 11/02/2022 sobre fecha estimada de la entrega del producto adjudicado no hay respuesta por parte de su empresa.*

*El 14/03/2022 debido a la falta de información se anula el pedido 4502070907 (ANEXO II), sin embargo ese mismo día responden que la entrega está afectada por la huelga de transporte. No cabe la justificación de la huelga de transporte convocada el 14/03/2022 para una entrega prevista el 31/01/2022.*

*Alegación segunda: En el motivo de rechazo de mercancía producida el 8/04/22 (fecha prevista 31/01/22) Se aclara que el rechazo es por "Pedido anulado". Este pedido fue anulado el 14/03/2022 y evidentemente no se ha comprobado el material a entregar porque no se permite la entrada en el Almacén General a pedidos anulados y no existe ninguna petición posterior de ese material por parte del Hospital.*

*Alegación tercera: No ha entregado durante dos meses el material adjudicado mediante Sistema Dinámico. Cabe recordar que en el propio Sistema Dinámico se exige un plazo de entrega de 2 días si el pedido es de naturaleza urgente y 10 días para la compra rutinaria. El sistema dinámico se publica en la plataforma VORTAL el 30/12/2021. El 10/01/2022 el proveedor presenta su oferta en el Sistema Dinámico a través de la plataforma habilitada al efecto. Operativamente debería estar preparado para enviar un pedido urgente en caso de que se le adjudicara. La fecha de adjudicación fue el 17/01/2022. Queda de manifiesto la*

*incapacidad del proveedor a suministrar el material adjudicado. Que, de existir problemas logísticos globales los conocía en el momento de presentar su oferta y que nada tiene que ver la huelga de transporte iniciada en marzo, después de la anulación del pedido.*

*Indicar que con la mera participación en el establecimiento del Sistema Dinámico de Adquisición así como en la contratación derivada, la empresa (...) está aceptando el pliego de cláusulas administrativas que rigen para el Sistema Dinámico de Adquisición y en particular la cláusula 27.7 de obligaciones del contratista: "cumplir todas las condiciones ofertadas en su proposición" y la cláusula 28.1 de ejecución del contrato: (...) "los suministros de bienes objeto de contratación solicitados por las diferentes Gerencias, deberán ser entregados en el lugar y en el plazo máximo indicado en el pedido de los mismos. En caso de ausencia de indicación de plazo, regirán los siguientes plazos de entrega: DIEZ (10) días naturales a contar desde la fecha de realización del pedido ordinario o en DOS (2) días naturales (48 horas) en caso de pedido urgentes.*

*Alegación cuarta: Como ya se ha comentado no se ha valorado el producto adjudicado porque no se ha producido la entrada en el tiempo establecido.*

*La alternativa ofertada que fue inicialmente aceptada, al ponerse al uso demuestra graves problemas en la determinación del SARS-CoV2 como así lo atestigua la Jefa de Servicio de Microbiología. Entendemos que su producto pueda cumplir según indica en su alegación. Sin embargo, nunca llegó a entregar la mercancía en el tiempo establecido como ya se ha indicado.*

*Alegación quinta: En el momento inicial se le indicó que podría retirar el material entregado ya que no se ajustaba a lo adjudicado. Indicaron que se pusiera al uso hasta la entrega de la referencia adjudicada. Así se hizo. No hay inconveniente en que retiren el material restante que evidentemente no es la totalidad ya que se puso al uso. Nos hemos visto obligados a adquirir productos de otras casas comerciales para suplir las carencias de la alternativa enviada.*

*Por lo expuesto este Servicio PROPONE que se siga con la tramitación de la resolución del contrato referido en los mismos términos expuesto».*

4. Consta en el expediente informe de la Asesoría Jurídica Departamental del Servicio Canario de la Salud de fecha 25 de mayo de 2022, favorable a la resolución del contrato, si bien efectuando observaciones a la Propuesta de Resolución.

5. Se formula por el órgano de contratación Propuesta de Resolución por la que se desestiman las alegaciones del contratista y se procede a la resolución de contrato por incumplimiento de la obligación principal del contrato conforme al art. 211.1 f) de la LCSP, determinando que el contratista (...) deberá abonar los gastos ocasionados por el aumento del coste de la determinación por utilizar un método

alternativo y que asciende a la cantidad de 280 euros y por la compra alternativa de hisopos y tubos medio de transporte fuera de expediente que asciende a la cantidad de 1400 euros.

## IV

1. La Propuesta de Resolución plantea resolver el contrato por la causa prevista en el art. 211.1.f) LCSP por incumplimiento de la obligación principal del contrato, determinando que el contratista (...) debe abonar los gastos ocasionados por el aumento del coste derivado de utilizar un método alternativo y que asciende a la cantidad de 280 euros, y por la compra alternativa de hisopos y tubos medio de transporte fuera de expediente, que asciende a la cantidad de 1.400 euros.

2. Las causas de resolución del contrato vienen establecidas con carácter general en el art. 211 LCSP y de forma específica para el contrato de suministro en el art. 306 y ss. LCSP y para este concreto contrato en las cláusulas 32 y 38 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP).

3. El objeto del presente contrato se define en la cláusula primera del PCAP:

*«1.1.- El objeto de la contratación es la adquisición de material de protección individual con el fin de cubrir las necesidades de las Gerencias de Atención Especializada y Primaria del Servicio Canario de la Salud, mediante el establecimiento de un Sistema Dinámico de Adquisición (SDA).*

*1.2. El presente pliego regula tanto el establecimiento del SDA, como el funcionamiento de la contratación derivada del mismo para aquellos suministros demandados por las Gerencias relacionadas en la cláusula 2.2. del presente pliego.*

*1.3. El SDA se articula en dieciséis (16) categorías de productos detalladas en el “Anexo II: Listado orientativo de productos incluidos dentro de cada categoría” del presente Pliego, las cuales han sido definidas objetivamente atendiendo a la zona geográfica provincial de Las Palmas de Gran Canaria y Santa Cruz de Tenerife, a fin de facilitar la concurrencia de las PYMES y garantizar el abastecimiento de dicho material en todas las Gerencias.*

*1.4. Las empresas interesadas podrán solicitar su adhesión al SDA en una, varias o todas las categorías sin más restricción que el cumplimiento de los criterios de selección establecidos en el presente Pliego. Para ello deberán presentar a través de la Plataforma de licitación de SDA del SCS la solicitud de adhesión acompañada de la documentación acreditativa de los requisitos previos recogida en el presente Pliego para la categoría o categorías a las que se presenten.*

*1.5.- Los suministros a contratar en el marco del SDA son de uso corriente sanitario y normalmente disponibles en el mercado.*



1.6. Las características generales de dichos suministros se indican, de modo orientativo y no excluyente, en el citado "Anexo II: Listado orientativo de productos incluidos dentro de cada categoría" del presente pliego, con referencia a los tres primeros dígitos del Vocabulario Común de Contratos públicos (CPV) aprobado por el Reglamento (CE) n.º 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de noviembre de 2002, que respectivamente les corresponde.

En dicho Anexo, se relacionan los productos consumidos más habitualmente (dentro de cada categoría) por las Direcciones Gerencias del SCS, como orientación a los licitadores sin constituir una lista cerrada ni excluyente, ni una obligación de compra de los mismos.

1.7. Durante la vigencia del SDA se podrán introducir nuevos CPV en las categorías, siempre que sean coincidentes en los tres primeros dígitos con los especificados en dicho Anexo, a fin de garantizar que los suministros sean de igual o similar naturaleza a los incluidos en la lista inicial y que, por tanto, se exige a los contratistas las mismas condiciones de aptitud que las requeridas inicialmente. En todo caso, se dará la oportuna publicidad a la introducción de nuevos CPV en las categorías.

1.8. El objeto concreto de cada contratación específica derivada del presente SDA será definido por cada órgano de contratación de las respectivas Direcciones Gerencias en el momento de solicitar oferta a los proveedores previamente admitidos en el SDA.

1.9. Cada contratación específica realizada en el marco de este SDA deberá adecuarse al presente pliego de cláusulas administrativas y al pliego de prescripciones técnicas particulares que apruebe cada Gerencia del Atención Especializada y Primaria del SCS antes de la licitación DEL correspondiente contrato específico, de conformidad con los arts. 122.1 y 124 de la LCSP».

4. Por su parte, la cláusula 32.1.2 del PCAP señala: «Si llegado el final de dichos plazos, la persona contratista hubiere incurrido en demora por causa a ella imputable, la Administración podrá optar indistintamente, por la resolución del contrato con pérdida de la garantía constituida o por la imposición de las penalidades diarias en la proporción de 0,60 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato».

Y la cláusula 32.2.1: «En el caso de que la persona contratista realizara defectuosamente el objeto del contrato, o incumpliera los compromisos adquiridos en virtud del presente contrato, o las condiciones especiales de ejecución establecidas en la cláusula 27.7 del presente pliego, el órgano de contratación podrá optar por resolver el contrato con incautación de la garantía constituida, o bien imponer una penalización económica por importe del máximo 10% del precio del contrato, IGIC excluido».

5. EL Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) señala las siguientes características de la presente contratación:

«Hisopo:

*Escobillón de nylon flocado y poliestireno flexible*

*Apto para exudados nasofaríngeos.*

*Longitud total 150 mm aproximadamente ( $\pm 5\%$ )*

*Diámetro del cabezal: 1,5 mm aproximadamente.*

*Cabezal de gran absorción.*

*Punto de rotura con marca bien definida a 80 mm*

*Tubo:*

*• Dimensiones aproximadas Longitud: 82,6 mm, Diámetro tubo 13mm, Diámetro tapón 16,6 mm*

*• Contener 3 ml de medio de transporte líquido para virus estéril, SIN inactivadores, apto para el cultivo celular y compatible con técnicas de diagnóstico molecular*

*• Fondo cónico que facilita la agitación y con faldón.*

*• Asegurar el correcto transporte y almacenamiento de muestras tanto a temperatura ambiente (20-25°C) como refrigerada (4-8°C)*

*Ambos elementos deben conformar un kit de un solo uso, en envase individual estéril, con caducidad no inferior a 24 meses».*

6. En el presente caso, el pedido se ofreció por la empresa reclamante con las características del PPT, del que se exigió una muestra para su comprobación, pero se entregó materialmente por el adjudicatario un producto con otra referencia que no cumplía las exigencias del PPT (la caja viene con hisopo y medio de transporte de forma separada).

7. Mediante correo electrónico de 7 de febrero de 2022 se advirtió a la empresa que el producto no cumplía con las especificaciones técnicas, al venir por separado el hisopo y el medio de transporte y se le requirió para retirar el material y entregar el producto que había ofertado.

8. El 8 de febrero de 2022, la empresa (...), mediante correo electrónico, traslada lo siguiente: « (...) Procedemos a enviarles el kit en formato peel-pack que usted requiere lo más rápido posible (...) Para no causar inconvenientes al Hospital Negrín, pueden utilizar los kits recepcionados por ustedes sin coste alguno hasta que lleguen los nuevos kits, ya que son perfectamente válidos al objeto de obtener y transportar muestras para realización de pruebas de laboratorio siendo utilizados por todos los centros

*hospitalarios y áreas de salud a los que hemos distribuido que están integrados en el Sistema Dinámico de Adquisición del Servicio Canario de la Salud».*

9. El 11 de febrero de 2022 la Dirección Gerencia del Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín autorizó el uso del material entregado sin coste, pero requirió a la empresa adjudicataria para que indicara la fecha de entrega de la mercancía solicitada en el pedido. Dicho requerimiento no fue atendido por la empresa.

10. El 14 de marzo de 2022 la Dirección Gerencia del Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín deja constancia de que no ha recibido el pedido y que la mercancía entregada está dando problemas en el procesamiento de las muestras, lo que supone doble gasto en reactivos y, en consecuencia, cancela el pedido.

Ese día la empresa señala que el pedido debió ser entregado en esa fecha, pero no ha sido posible debido a circunstancias sobrevenidas de la huelga de transportes.

11. A la vista de las alegaciones de ambas partes, debemos señalar que los contratos administrativos se realizan por un plazo fijo que resulta esencial, sin que su cumplimiento pueda quedar al arbitrio de una de las partes contratantes. La empresa se comprometió a entregar un producto determinado con las características exigidas en el PPT en un plazo concreto, y finalmente entregó un material que no cumplía las determinaciones de dicho PPT, al venir por separado el hisopo y el medio de transporte.

12. El plazo de entrega se recoge en la cláusula 10.3.1 del PCAP:

*«El plazo de entrega de los suministros será establecido por cada órgano de la contratación derivada. No obstante, en caso de ausencia, regirán los siguientes plazos:*

- *Entregas ordinarias : DIEZ (10) DÍAS NATURALES, contados a partir del día siguiente a la fecha de emisión del pedido.*

- *Entregas urgentes : DOS (2) DÍAS, contados a partir del día siguiente a la fecha de emisión del pedido».*

En su virtud, el plazo máximo de entrega del pedido venció el 31 de enero de 2022.

13. Una vez que la Administración, el 11 de febrero de 2022, autorizó el uso del material entregado sin coste, pero requirió a la empresa para indicar una fecha de entrega de la mercancía solicitada en el pedido, ésta debió comunicar en el plazo

más breve posible dicha fecha de entrega, pero no lo hizo, y dejó pasar más de un mes, sin dar las referidas indicaciones. Lo que permite deducir un incumplimiento del contrato, ya que el plazo máximo inicial de entrega del pedido era diez días y, transcurrido más de un mes del requerimiento para señalar una fecha de entrega, no se procedió ni a fijar dicha fecha de entrega ni a la entrega misma del material comprometido.

La fecha de entrega no puede quedar indefinida, ni a voluntad de la empresa contratista, dejando al órgano contratante en situación de incertidumbre ante la imperiosa necesidad del material para cumplir con sus necesidades y obligaciones.

14. Como señalamos en el DCC 163/2022, de 28 de abril, o DCC 278/2022, de 7 de julio, entre otros muchos:

*«Como hemos reiterado en distintas ocasiones, se ha de recordar que la resolución del contrato por culpa del contratista requiere un incumplimiento «grave» del mismo, no bastando cualquier incumplimiento contractual (STS de 2 de abril de 1992).*

*Así, la STS de 25 de junio de 2002 señala, referida a cuando una obligación era esencial en atención a las circunstancias concurrentes, que «el incumplimiento ha de ser grave y de naturaleza sustancial, debiendo dilucidar en qué supuestos se trata de verdadero y efectivo incumplimiento de las obligaciones contractuales, revelador de una voluntad deliberada y clara de no atender, dolosa o culposamente, los compromisos contraídos».*

*Entre otros, en nuestros Dictámenes 334/2021, de 17 de junio y 374/2019, de 17 de octubre hemos señalado:*

*« (...) Una obligación contractual esencial sería aquella que tiende a la determinación y concreción del objeto del contrato de forma que su incumplimiento determinaría que no se alcance el fin perseguido por el contrato.*

*Ahora bien, en el mismo sentido de la Propuesta de Resolución, debe decirse que ha venido señalando el Tribunal Supremo, así, en su STS de 1 de octubre de 1999 que “a los efectos de apreciar un incumplimiento bastante para la resolución, lo determinante debe ser que afecte a la prestación principal del contrato, y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación”, es decir, que lo determinante para dilucidar el carácter esencial de una obligación no es la calificación, en el sentido de “denominación” que se le dé en el contrato, sino su relación determinante con el objeto mismo del contrato. Así resulta, como trascibe la Propuesta de Resolución, que “por cláusula contractual esencial se ha de entender aquella que tiende a la determinación y concreción del objeto del contrato y por lo tanto derivan del mismo, de forma que su incumplimiento determinaría que no se alcanzara el fin perseguido por el contrato”».*

3. Las causas de resolución del contrato vienen establecidas con carácter general en el art. 211 LCSP y de forma específica para el contrato de suministros en su art. 306 y en las cláusulas 10 y 24 PCAP.

Según este Consejo Consultivo tiene declarado, entre otros, en el DCC 60/2016, de 10 de marzo, «los contratos administrativos son siempre contratos con plazo determinado (art. 212.2 TRLCSP). En ellos el plazo es un elemento de especial relevancia como pone de manifiesto el hecho de que la constitución en mora del contratista no requiera intimación previa de la administración (art. 212.3 TRLCSP -actual art. 193.2 LCAP-), y su incumplimiento o riesgo de incumplimiento faculta a la administración bien para imponer penalidades al contratista, bien para resolver el contrato (art. 212.4 TRLCSP -mismo art. 193 LCSP-). Por ello, el art. 223.d) TRLCSP tipifica como causa de resolución la demora en el “cumplimiento del plazo”».

Tanto la LCSP como los pliegos atribuyen a la Administración un margen de discrecionalidad para optar bien por la resolución bien por la imposición de esas penalidades, pero como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2000 «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”, habiendo declarado la sentencia de 1 de octubre de 1999 que “a los efectos de apreciar un incumplimiento bastante para la resolución, lo determinante debe ser que afecte a la prestación principal del contrato, y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación».

En la contratación pública, y no es ocioso recordarlo, la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, según lo establecido para el de obras en el art. 197 LCSP.

En el citado Dictamen 334/2021, de 17 de junio, recogiendo la doctrina de otros anteriores, manifestábamos que el principio de la eficacia vinculante del contrato y de la invariabilidad de sus cláusulas es la norma general que rige en nuestro ordenamiento jurídico para la contratación administrativa, que se caracteriza también por llevar inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, sin que pueda incumplirlas sin causa alguna».

En este caso, ante el cumplimiento defectuoso del contrato en cuanto al objeto del contrato y el plazo, la Gerencia del Hospital Dr. Negrín podía optar conforme a las cláusulas 32 y 38 del PCAP, entre la resolución del contrato o la imposición de penalidades, por lo que habiendo optado por la resolución del contrato, la Administración se ha ajustado a la LCSP y al PCAP.

15. En cuanto a los efectos de la resolución del contrato están previstos en el art. 213 y 307 de la LCSP:

Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista se será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada.

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.

El importe de los daños y perjuicios podrá determinarse de forma motivada en expediente contradictorio instruido a tal efecto, quedando entre tanto retenida la garantía (art. 113 del RD 1098/2001, de 12 de octubre).

16. Este Consejo Consultivo ha mantenido de forma constante que en aquellos casos en los que se declara el incumplimiento culpable del contratista procede la incautación de la garantía definitiva prestada, sin perjuicio de que, si el importe de los daños y perjuicios causados superan el montante de esta garantía, se tramite el oportuno procedimiento contradictorio para su determinación (por todos, Dictámenes 510/2020, 363/2018, de 12 de septiembre, 196/2015, de 21 de mayo).

En este sentido, señala el art. 113 del RD 1098/2001: *«Determinación de daños y perjuicios que deba indemnizar el contratista»*.

*En los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, la determinación de los daños y perjuicios que deba indemnizar éste se llevará a cabo por el órgano de contratación en decisión motivada previa audiencia del mismo, atendiendo, entre otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración»*.

17. En consecuencia, incumplido en el presente caso el objeto principal del contrato, procede resolver el contrato de suministro sin incautar garantía definitiva (no se exigió en este contrato en atención a sus peculiaridades), con indemnización de los perjuicios causados a la Administración cuantificados en 1.400 euros+280 euros, lo que hace un total de 1.680 euros.

## C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución mediante la que se resuelve el contrato de suministro de hisopo y tubo con medio de transporte de muestras para la determinación del

virus Sars-Cov 2, para la Dirección Gerencia del Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín, adjudicado a la empresa (...), es conforme a Derecho.