

En Logroño, a 22 de marzo de 2021, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en Logroño telemáticamente (al amparo del art. 17.1 de la Ley 40/2015), con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert Pérez-Caballero, y de los Consejeros, D. José María Cid Monreal, D. Enrique de la Iglesia Palacios, D. Pedro María Prusén de Blas y D^a Amelia Pascual Medrano, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. Enrique de la Iglesia Palacios, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

17/21

Correspondiente a la consulta formulada por la Excm. Sra. Consejera de Salud y Portavocía del Gobierno de La Rioja, sobre la *Propuesta de resolución del contrato, suscrito entre dicha Consejería y la empresa M.T.P.SL, para el suministro de material destinado a promocionar la salud bucodental de la población infantil de La Rioja en el curso escolar 2020-2021; por incumplimiento de la empresa contratista y con oposición de ésta.*

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

Expediente contractual, Pliegos, adjudicación y formalización del contrato

1. Expediente de contratación.

-El 23 de junio de 2020, la Secretaría General Técnica (SGT) de la Consejería actuante inició un expediente para la contratación del suministro referido.

-El 7 de julio de 2020, el SGT dictó la Resolución aprobatoria del expediente de contratación, y, con ella, del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT) que habrían de regir la contratación del referido suministro.

El PCAP se compone de un Pliego General o Tipo (PT-PCAP), y de un Clausulado específico (CE-PCAP). De ambos documentos y del PPT destacan las cláusulas y apartados que a continuación se exponen.

2. Pliegos de cláusulas.

-Cláusula 3ª CE-PCAP. “Objeto del contrato. Definición: El objeto del contrato consiste en el suministro de material escolar necesario para realizar las actividades de prevención y promoción de la salud bucodental en la población infantil, durante el curso escolar 2020-2021, que den respuesta a las acciones establecidas en el Programa de Salud Bucodental para la población escolar de La Rioja. El material objeto de suministro serán 19.900 estuches o envases con: dos cepillos de dientes; un tubo de pasta dentífrica fluorada; Díptico con información sobre medidas de refuerzo en el cuidado de la boca.

-Cláusula 4ª CE-PCAP: “Necesidades administrativas a satisfacer: ... este material va dirigido a todo el alumnado de 1º a 6º de Educación Primaria (EP) de todos los Centros escolares de La Rioja”.

-Cláusula 7ª CE-PCAP: Plazo total de ejecución: Desde la firma del contrato **hasta el 22 de octubre de 2020**; si, por causas debidas a la tramitación del expediente, la ejecución del mismo comenzara más tarde, la duración del contrato se prolongará hasta el **20 de noviembre de 2020”**.

-Cláusula 8ª CE-PCAP: Tipo de procedimiento. Criterios de adjudicación y su ponderación...(i) oferta económica: 40 puntos...(ii) mejoras del material de higiene bucodental incorporado en el estuche o envase: hasta 60 puntos; (iii) aumento en 25 ml de la cantidad establecida en la pasta dentífrica fluorada: 20 puntos; (iv) solución de enjuague bucodental con flúor al 2%: hasta un máximo de 20 puntos; si la cantidad es de 15 ml se puntuará con 10 puntos y si es de 30 ml o más con 20 punto; (v) cinta dental (encerada y fluorada): 20 puntos...(vi) no se admiten variantes.

-Cláusula 10ª CE-PCAP: Bases de la participación en el procedimiento: para la adjudicación de este contrato los licitadores deberán acreditar cumplir con los siguientes criterios de solvencia ...b) Técnica: principales suministros durante los últimos tres años..., debiendo al menos haber realizado suministros de material de higiene bucodental de similares características al objeto del contrato por importe anual acumulado en el año de mayor ejecución de 31.000 €, IVA excluido.

-Cláusula 24 CE-PCAP: Derechos y obligaciones del adjudicatario. Obligaciones: ...serán gastos a satisfacer por el contratista todos aquellos que hubiera lugar para la realización del contrato, como transporte y entrega de los bienes, financieros, seguros, honorarios, etc.

-Cláusula 15 PT-PCAP: Adjudicación, formalización y sucesión... el contrato se perfecciona con su formalización y en ningún caso podrá iniciarse la ejecución del contrato sin su previa formalización.

-Cláusula 17 PT-PCAP: Entrega y recepción de los bienes. El contratista estará 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...Salvo pacto en contrario, los gastos de la entrega y transporte de los bienes objeto del suministro al lugar convenido serán de cuenta del contratista.

-Cláusula 6.5 PPT: La distribución y entrega a los centros escolares será por cuenta de la empresa adjudicataria.

-Cláusula 18 PT-PCAP: Incumplimiento y demora... cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, el órgano de

contratación podrá optar, atendidas las circunstancias del caso, por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades diarias en la proporción de 0,60 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato, IVA excluido...Si el retraso fuese producido por motivos no imputables al contratista y este ofreciera cumplir sus compromisos si se le amplía el plazo inicial de ejecución, el órgano de contratación se lo concederá, dándosele un plazo que será, por lo menos, igual al tiempo perdido, a no ser que el contratista pidiese otro menor. El responsable del contrato emitirá un informe donde se determine si el retraso fue producido por motivos imputables al contratista.

3. Procedimiento de adjudicación.

-Una vez aprobado el expediente de contratación, la Consejería de Salud dio inicio al procedimiento de adjudicación por los trámites del procedimiento abierto simplificado regulado por el art. 159 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector público (LCSP'17).

-A la licitación, concurren tres empresas, cuyas ofertas fueron las siguientes:

	Licitador 1	Licitador 2	Licitador 3
Oferta económica en euros	34.029	39.203	41.790€
Aumento en pasta dentífrica	Sí	Sí	Sí
Solución de enjuague bucal	Sí, de 30 ml	Sí, de 30 ml	Sí, de 15 ml
Cinta dental	Sí	No	No

-La empresa indicada en el encabezamiento de este dictamen (y que hemos identificado en el cuadro precedente como Licitador 1) acabaría siendo la adjudicataria del contrato y presentó la documentación que contenía su oferta el 27 de julio de 2020.

Como puede verse, su oferta económica fue, con diferencia, la más baja de las tres, pues suponía un 81,43 % y un 86,80 % respecto de los precios ofrecidos por los otros dos licitadores.

Además, la aludida empresa ofreció a la Administración todas las mejoras permitidas por el PCAP (aumento de 25 cl en la pasta dentífrica, 30 ml de flúor, y cinta dental), con lo que obtuvo los sesenta puntos máximos establecidos en el PCAP para esas mejoras.

-El 29 de julio de 2020 la Mesa de Contratación propuso adjudicar el contrato a la reiterada empresa y, el 21 de agosto de 2020, el SGT precitado dictó la Resolución de adjudicación del contrato, que fue comunicada ese mismo día a dicha empresa.

3. Formalización del contrato.

-Una vez constituida la garantía por el adjudicatario (por importe de 2.238,75 euros), el contrato administrativo fue firmado, el 2 de octubre de 2020, por la titular de la Consejería actuante y por el representante legal de la mercantil.

-La Estipulación Quinta del contrato dispuso que *“el plazo de duración del contrato será, desde la fecha de formalización del presente documento, hasta el 20 de noviembre de 2020. No procede la prórroga del contrato”*.

Como se ha expuesto antes, la Cláusula 7ª CE-PCAP preveía, como fecha ordinaria de finalización del contrato, el 22 de octubre de 2020, aunque también permitía *“la ampliación de la duración del contrato hasta el 20 de noviembre de 2020...si, por causas debidas a la tramitación del expediente, la ejecución del mismo comenzara más tarde”*.

En este caso, el contrato no se firmó más tarde del 22 de octubre de 2020 sino veinte días antes (el 2 de octubre de 2020), por lo que, ya desde ese 2 de octubre de 2020, el contratista estaba habilitado para comenzar la ejecución del suministro (*ex* Cláusula 15ª PCAP, interpretada *a contrario sensu*).

A pesar de esta circunstancia, el documento contractual, yendo más allá de lo establecido por el PCAP, previó, en favor del adjudicatario, una ampliación del plazo de ejecución del suministro hasta el 20 de noviembre de 2020.

Segundo

Las incidencias acaecidas en la ejecución del contrato

1. A fecha 4 de noviembre de 2020, la adjudicataria no había realizado el suministro y tampoco se había puesto en contacto con la Consejería de Salud, por lo que ésta remitió a la mercantil un correo electrónico indicándole *“la necesidad de ajustar el material de envío antes de la finalización del contrato, prevista para el 20 de noviembre de 2020”*, como lo señala el informe emitido, el 3 de diciembre de 2020, por la Jefa del Servicio de Promoción de la Salud (JSPS) de la Consejería actuante, añadiendo que:

“El 6/11/2020 [la adjudicataria] respondió diciendo que, debido a la situación de pandemia actual, se estaba retrasando las producciones y coordinación entre transportes, por lo que se calculaba una demora en la entrega de 30-45 días. En conversación telefónica, se les informó de la imposibilidad de aceptar esa circunstancia debido: (i), por una parte, a que el expediente corresponde a 2020 y no hay prórroga de contrato; (ii) por otra, a que las fechas estimadas de reparto corresponderían con las vacaciones navideñas, por lo que los Centros educativos estarían cerrados; y (iii) por último, a que,

si la entrega se realizaba en enero de 2021, nos impediría realizar el expediente para el curso 2021-2022, al carecer de presupuesto para el mismo”,

2. El 19 de noviembre de 2020 (el día anterior a la fecha final de ejecución del suministro), el contratista dirigió, al órgano de contratación, una comunicación del siguiente tenor:

“Por la presente les comunicamos el retraso en la entrega de la mercancía de la licitación...La estimación del retraso a partir del plazo de entrega marcado en contrato, será de 35-55 días. Este retraso es producido por la situación mundial del COVID-19, donde estamos trabajando en un mercado saturado por la segunda ola de esta pandemia, que estamos atravesando todos los países a nivel mundial. Las fabricaciones en los laboratorios están desbordadas por la necesidad de productos derivados para el COVID-19, que se marcan prioritarios y retrasan cualquier producto que no esté relacionado. También los transportes mundiales, están colapsados y las salidas de los diferentes medios de transporte, tienen fechas fijadas que varían constantemente, haciendo imposible determinar fechas de salida y llegadas. Sentimos tener que comunicarles este retraso, pero nunca se ha trabajado en un entorno de pandemia como la actual y toda previsión de fabricación o distribución están siendo afectadas diariamente. Esperando entiendan y comprendan, el problema generado por la situación actual de pandemia, acepten el retraso originado”.

3. El 3 de diciembre de 2020, la JSPS propuso, en el informe antes citado, el inicio de un expediente de resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista.

Tercero

El procedimiento de resolución del contrato

1. Por las razones expuestas, el SGT de la Consejería de Salud inició un procedimiento de resolución contractual por Resolución de 9 de diciembre de 2020, en el que también nombró Instructora del expediente y dispuso conferir audiencia al contratista por plazo de diez días.

2. Dicha Resolución fue notificada, ese mismo día, a la mercantil contratista, la cual formuló alegaciones, mediante escrito fechado el 16 de diciembre de 2020, en las que reconoció que el plazo de entrega de los suministros contratados iba a retrasarse aún más, y que la *“estimación del retraso a partir del plazo de entrega marcado en contrato, será de 35-55 días*, justificando este retraso por:

“...la situación mundial del COVID-19, donde estamos trabajando en un mercado saturado por la segunda ola de esta pandemia, que estamos atravesando todos los países a nivel mundial. Las fabricaciones en los laboratorios están desbordadas por la necesidad de productos derivados para el COVID-19, que se marcan prioritarios y retrasan cualquier producto que no esté relacionado. También los transportes mundiales, están colapsados y las salidas de los diferentes medios de transporte, tienen fechas fijadas que varían constantemente, haciendo imposible determinar fechas de salida y llegadas”.

Para concluir, se opuso expresamente a la resolución del contrato y solicitó del órgano de contratación que acordase “*la ampliación del plazo inicial de ejecución del mismo que permita su llegada a puerto y correcta entrega*”.

A sus alegaciones, acompañó los documentos que tuvo por conveniente; entre ellos, una comunicación realizada, sin que conste fecha, por la empresa *T.C.Ltd*, radicada en Jiangsu (República Popular de China), que manifestó que la adjudicataria:

“...realizó el pedido de kit dental para el Gobierno de La Rioja el día 24 de septiembre de 2020... A día 30 de septiembre, se realiza proforma para formalización del pedido y el plazo de entrega para la producción sería 25 días”.

3. A la vista de las alegaciones presentadas, la Instructora del expediente formuló, el 12 de enero de 2021, la Propuesta de resolución en el sentido de **resolver el contrato por incumplimiento culpable del contratista, con incautación de la garantía depositada** (de 2.238, 75 euros).

4. El 13 de enero de 2021, el SGT de la Consejería recabó el informe de los Servicios Jurídicos del Gobierno de La Rioja, preceptivo conforme al art. 109.1-c) RCAP’01 (Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, aplicable mientras no se apruebe el Reglamento de la LCSP’17). Por ese motivo, la Instructora del expediente decidió, el 14 de enero de 2021, la suspensión del plazo para resolver, comunicándolo, ese mismo día, al contratista.

5. Los Servicios Jurídicos del Gobierno de La Rioja evacuaron su informe el 31 de enero de 2021, en el que se mostraron favorables a la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista, expresando que:

“...Ha de tenerse en cuenta que la formalización del contrato se produjo el 2 de octubre y, en esa fecha, el contratista firmó una fecha límite para la entrega contratada del 22 de octubre (según se recogía en los Pliegos), además de firmar expresamente que, en cualquier caso, el contrato concluía el 20 de noviembre y no había prórroga.

De sus alegaciones, se puede incluso deducir que no iba a cumplir con la fecha de entrega del 22 de octubre desde el momento mismo de la firma, puesto que afirma que ha conseguido fecha de embarque de la mercancía para el 17 de diciembre y espera llegue a Barcelona el 15 de enero. Ello implica reconocer un plazo de 29 desde el embarque y la nula intención de cumplir lo pactado el 2 de octubre si su suministro requería 29 días de viaje.

La excusa de la pandemia pudo ser una razón justificativa de retrasos hace un año, al inicio, pero no en la actualidad ni desde el momento de la firma del contrato. El contratista se comprometió a aportar unos suministros y no lo ha hecho, lo que determina que el incumplimiento sea culpa del contratista.

Cuando la Ley 9/2017 se refiere en el artículo 195.2, invocado por la contratista, a un retraso por motivos no imputables al contratista, no lo hace para aplicarlo a un supuesto como el presente. El contratista pactó un suministro para una fecha de algo que no producía él mismo, con lo que tenía necesariamente que contar con los plazos de producción y transporte. Admitir que como no lo producía él mismo, los retrasos no son su responsabilidad le dejaría como absoluto irresponsable en todo caso”.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente con fecha 9 de febrero de 2021 y registrado de entrada en este Consejo el 10 de febrero de 2021, la Excm. Sr. Consejera de Salud y Portavocía del Gobierno de La Rioja, remitió al Consejo Consultivo de La Rioja, para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

Segundo

El Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja, mediante escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el 11 de febrero de 2021, procedió, en nombre de dicho Consejo, a acusar recibo de la consulta, a declarar provisionalmente la misma bien efectuada, así como a apreciar la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Tercero

Asignada la ponencia al Consejero señalado en el encabezamiento, la correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Legislación aplicable al contrato y preceptividad de nuestro dictamen

1. La vigente LCSP'17 establece: i) en su DT 1^a.1, que “*los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta ley se regirán por la normativa anterior*”; y ii) en su DT.1^a.2, que “*los contratos administrativos adjudicados con*

anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley, se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, por la normativa anterior”.

En este caso, la Resolución de inicio del expediente de contratación (dictada el 23 de junio de 2020), la aprobación del expediente de contratación (de 7 de julio de 2020) y la Resolución adjudicatoria del contrato (de 21 de agosto de 2020) se dictaron bajo el imperio temporal de la LCSP'17, que estaba vigente desde el 9 de marzo de 2018 (DF 16^a).

En definitiva, la LCSP'17 es la legislación aplicable tanto al fondo de la cuestión sometida a nuestro dictamen, como al procedimiento para el ejercicio de la facultad resolutoria.

2. El art. 191.1 LCSP'17, en relación con el art. 190 LCSP'17, establece que, con carácter previo al ejercicio de la potestad de resolución contractual, el órgano de contratación debe conferir audiencia al contratista. Por otro lado, el art. 191.3-a) LCSP'17 determina la preceptividad del dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma cuando el contratista se oponga a la resolución. En iguales términos, pueden citarse el art. 195.1 LCSP'17, y los arts. 109.1-a) y 109.1-d) RCAP'01.

Por su parte, la Ley riojana 3/2001, de 31 de mayo de 2001, del Consejo Consultivo de La Rioja, recoge en su art. 11-i) la preceptividad de nuestro dictamen, y en el mismo sentido se pronuncia el art. 12-i) de nuestro Reglamento orgánico y funcional, aprobado por Decreto 8/2002 de 31 de mayo.

Por lo tanto, como quiera que ha existido oposición de la contratista, nuestro dictamen resulta preceptivo en este caso.

Segundo

La resolución del contrato por incumplimiento del plazo total de ejecución debido a la culpa del contratista

1. Conforme al art. 189 LCSP'17, *“los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación en favor de las Administraciones públicas”*. Este precepto constituye una manifestación jurídico-positiva del principio *pacta sunt servanda*, en el que se funda la eficacia vinculante que los contratos despliegan para quienes consienten en obligarse a través de ellos.

Ese principio, que también inspira los arts. 1254, 1258 y 1278 Cc (Código civil), se complementa, en el ámbito de la contratación pública, con las prerrogativas del órgano de

contratación para definir unilateralmente el contenido y el objeto del contrato mediante la aprobación de los Pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas, que definen la prestación y regulan la licitación y la propia vida del vínculo contractual. Por ello, según el art. 139.1 LCSP'17, *“las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los Pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”*.

Pues bien, de entre de las obligaciones que asume todo adjudicatario de un contrato administrativo, destaca la de *“cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo”* (art. 193.1 LCSP'17), y así lo recoge también la Cláusula 17ª del Pliego Tipo de PCAP aprobado por el órgano de contratación en el supuesto que nos ocupa.

Por otra parte, los arts. 211.1.d) y 211.1.f) LCSP'17 disponen que son causas de resolución de los contratos administrativos *“la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista”* y *“el incumplimiento de la obligación principal del contrato”*.

2. Según hemos referido en los Antecedentes de Hecho, el PCAP estableció nítidamente que el suministro del material bucodental contratado debería realizarse, como fecha más tardía, el 22 de octubre de 2020, salvo que el retraso en la tramitación del expediente impidiera comenzar antes la ejecución del contrato, en cuyo caso el contrato se prolongaría hasta el 20 de noviembre de 2020.

En este caso, a pesar de que el contrato se formalizó el 2 de octubre de 2020, y de que su ejecución pudo comenzar mucho antes del 22 de octubre de 2020, el documento contractual amplió el plazo de entrega hasta el 20 de noviembre de 2020, mejorando así la posición jurídica del adjudicatario respecto de lo previsto por el PCAP.

Ese periodo temporal, que medió entre el 2 de octubre y el 20 de noviembre de 2020, constituyó el *“plazo total de ejecución”* del contrato, calificación que expresamente le atribuye el Apartado 7º del Clausulado específico. De tal modo, como máximo para el 20 de noviembre de 2020, el adjudicatario debía haber distribuido a todos los Centros escolares de Educación primaria de La Rioja el material bucodental objeto de suministro.

3. No es controvertido que, el 20 de noviembre de 2020, tal material no se había repartido entre los Centros educativos. De hecho, a esa fecha, ese material ni siquiera se hallaba en territorio español, algo que el adjudicatario ha reconocido en sus comunicaciones dirigidas a la Consejería actuante.

Es llano, por tanto, que el contratista ha incumplido el plazo total de ejecución de la prestación, circunstancia que ha de acarrear las consecuencias establecidas por los arts.

193 y 195 LCSP'17 y, en aplicación de estos preceptos, por la Cláusula 18ª del Pliego Tipo del PCAP.

En efecto, en los supuestos de incumplimiento del plazo total de ejecución, el órgano de contratación puede optar, “*atendidas las circunstancias del caso*”, por la imposición de penalidades o por la resolución del contrato (art. 193.3 LCSP'17); salvo que “*el retraso fuese producido por motivos no imputables al contratista y este ofreciera cumplir sus compromisos si se le amplía el plazo total de ejecución*”; pues, en esta segunda hipótesis, “*el órgano de contratación se lo concederá dándosele un plazo que será, por lo menos, igual al tiempo perdido, a no ser que el contratista pidiese otro menor*” (art. 195.2 LCSP'17).

Para averiguar las causas de la demora, el art. 195.2 *in fine* LCSP'17 dispone que el responsable del contrato emitirá un informe que determine si el retraso fue producido, o no, por motivos imputables al contratista. En el presente caso, ese informe es el ya citado de 3 de diciembre de 2020, suscrito por la Jefa del Servicio de Promoción de la Salud (JSPS) de la Consejería consultante.

Tercero

La existencia de culpa del contratista, en este caso.

1. Conforme a lo razonado en los Fundamentos anteriores, la cuestión sometida a nuestro examen radica en determinar si, en el supuesto analizado, el incumplimiento del plazo total fue provocado por motivos no imputables al contratista o si, por el contrario, se debió a su culpa.

Al respecto, este Consejo Consultivo anticipa ya que, a su criterio, ese incumplimiento vino provocado por el comportamiento negligente del adjudicatario y no por causas extrañas o ajenas a él, por lo que compartimos el criterio manifestado por el informe de 3 de diciembre de 2020, por la Propuesta de resolución de 12 de enero de 2021 y por el informe de los Servicios Jurídicos de 31 de enero de 2021.

2. A la vista de las explicaciones ofrecidas por el contratista, lo primero que debemos constatar es que la situación de “*pandemia actual*” no era, en modo alguno, una circunstancia desconocida o imprevisible en la fecha en la que el adjudicatario decidió tomar parte en la licitación.

Bien al contrario, para cuando la interesada presentó su oferta (el 27 de julio de 2020), esa situación de pandemia era notoria y de conocimiento general desde hacía ya varios meses, pues la Organización Mundial de la Salud (OMS) había elevado la situación de emergencia de salud pública ocasionada por el COVID-19 a pandemia internacional el

día 11 de marzo de 2020; y, en España, el 14 de marzo de 2020 se había promulgado el Real Decreto 463/2020, que declaró el estado de alarma por ese mismo motivo.

Además, como atinadamente advierten los Servicios Jurídicos, la adjudicataria del contrato no es un fabricante de material bucodental, sino que, antes de suministrar ese material a la Administración autonómica, debía adquirirlo en el mercado, comprándolo a algún proveedor.

En tercer lugar, la mercantil justificó su solvencia técnica para la contratación, para lo que tuvo que acreditar los suministros de material médico realizados en los tres años anteriores a 2020. Y, habiendo ejecutado previamente suministros del mismo tipo que el que era objeto de contratación, no podía ignorar las características del mercado de material bucodental, los posibles proveedores (precios, localización geográfica, periodos de tardanza en la entrega de productos) y la necesidad de hacer llegar aquel material a los puntos de entrega a través de unos u otros medios de transporte (con los consiguientes costes económicos y retrasos temporales).

3. De las anteriores circunstancias, se extrae sin dificultad la conclusión de que la mercantil tenía medios racionales y motivos suficientes para conocer, al tiempo de tomar parte en la licitación y de decidir el contenido de su oferta: **i)** que tenía que poder ejecutar la entrega en una determinada fecha, lo que le exigía, primero, asegurarse de adquirir en el mercado el material a suministrar, y, después, garantizar su transporte y reparto por los medios adecuados; y **ii)** que existía el riesgo de que todas o algunas de esas operaciones de adquisición y transporte pudieran verse entorpecidas, dificultadas o retrasadas, de un modo u otro, por la situación generada, a causa de la pandemia, en los mercados de productos médicos y en el sistema internacional de transportes.

En esas condiciones, un comportamiento diligente hubiera debido conducir a la mercantil: **i)** bien a no licitar en las condiciones en que lo hizo (si no estaba plenamente segura de poder garantizar el suministro ofrecido, en la fecha requerida y al precio por ella ofertado); o **ii)** bien a buscar varios proveedores alternativos, en lugar de uno solo (en este caso, un fabricante radicado en la República Popular de China).

Haber previsto varios proveedores alternativos habría sido, sin duda, una cautela muy razonable; tanto por si un proveedor fallaba en las fechas de fabricación y expedición de los estuches bucodentales; como para precaver la posibilidad de que, una vez le fuera adjudicado el contrato, tuviera que recurrir a un proveedor que, por hallarse más cerca geográficamente del lugar final de destino (los Centros escolares de Educación Primaria de La Rioja), acarreará menos dificultades y retrasos en el transporte de las mercancías.

Sin embargo, a todas luces la empresa contratista no adoptó tal precaución, resultando verosímil conjeturar que, si hubiera previsto varios proveedores alternativos, tal

vez hubiera realizado una oferta menos ventajosa que la que presentó. Y ello porque, en ese escenario, necesariamente habría calculado como posibles unos costes superiores y, correlativamente, si quería mantener su margen comercial, se habría visto obligada a elevar el precio ofertado o a reducir las mejoras ofrecidas a la Administración.

4. A los anteriores razonamientos debe añadirse que la mercantil conocía, desde el 21 de agosto de 2020, que era la adjudicataria del contrato.

Ciertamente, hasta la formalización del contrato (que tuvo lugar el 2 de octubre de 2020), la adjudicataria no estaba habilitada para comenzar a ejecutarlo (esto es: para repartir el material bucodental en los Centros Escolares de La Rioja), pero nada le impedía ir anticipando las gestiones encaminadas a adquirir las mercancías, reservar los medios de transporte necesarios para hacerlas llegar a España, si las iba a comprar en un país extranjero, e incluso almacenarlas en un lugar adecuado hasta el momento de su reparto en los Centros educativos.

La mercantil -que ha acreditado haber realizado suministros de material médico en otras ocasiones- no ignoraba que, desde la fecha de embarque de las mercancías en el lugar que tenía previsto adquirirlas (China), hasta su llegada a puerto en España iba a mediar un inevitable lapso temporal. Ella misma indicó posteriormente a la Consejería de Salud, en sus alegaciones de 19 de noviembre de 2020 y 16 de diciembre de 2020, que ese lapso sería de unos 29 días.

Teniendo conocimiento de ese dato, lo razonable sería que hubiera actuado con prontitud para asegurarse de que las mercancías llegaran a territorio español con antelación suficiente para poder ejecutar su reparto en la fecha exigida.

Pues bien, sobre este extremo, el propio contratista ha presentado un documento emitido por un tercero (el proveedor chino antes citado), que afirma que la contratista no realizó el pedido de material hasta “*el día 24 de septiembre de 2020*”, cuando ya había transcurrido más de un mes desde la adjudicación del contrato.

5. Por otra parte, el contrato se formalizó el 2 de octubre de 2020; esto es, un mes y 18 días antes de la fecha final de entrega. De nuevo, se trata de un tiempo más que razonable para adquirir y repartir el material bucodental y, en cualquier caso, es un plazo más amplio que el previsto en el PCAP.

Sin embargo, después del 2 de octubre de 2020, la adjudicataria no sólo no ejecutó el suministro, sino que tampoco se puso en contacto con la Consejería contratante hasta el 6 de noviembre de 2020 (pasado más de un mes desde la formalización del contrato), cuando sólo quedaban 14 días para la fecha final de entrega, y después de recibir un correo

electrónico de la misma Consejería; circunstancias que, sin duda, evidencian un comportamiento poco diligente de la mercantil.

6. En su comunicación de 6 de noviembre de 2020, la adjudicataria aludió ya al previsible retraso (de “30-45” días) que le iba a suponer el adquirir las mercancías y traerlas a España.

Y, en el mismo sentido, el 19 de noviembre de 2020 (día anterior a la fecha final de entrega), el contratista presentó un escrito confirmando que no iba a realizar el suministro en la fecha exigida, y que la “*estimación del retraso, a partir del plazo de entrega marcado en contrato, será de 35-55 días*”; ya que el material bucodental no iba a salir de puerto hasta el 17 de diciembre de 2020 y no llegaría a España hasta el 15 de enero de 2021.

Por tanto, incluso de aceptarse las explicaciones ofrecidas por la mercantil, ésta ya sabía (como muy tarde, a principios de noviembre de 2020) que su proveedor en China no iba a poder hacerle llegar a tiempo el material bucodental. Pues bien, en tal situación, la mercantil tenía el deber de encontrar un proveedor alternativo que le asegurase poder ejecutar el suministro contratado con la Administración, algo que no hizo. Y ello, aunque ese nuevo proveedor le supusiera mayores costes y un menor beneficio del inicialmente esperado, pues debe recordarse que el contrato le obligaba a cumplir lo pactado con la Administración y que la ejecución del contrato se realiza “*a riesgo y ventura del contratista*” (art. 197 LCSP’17).

7. En fin, como se ha reiterado, la contratista no realizó el suministro en la fecha requerida, sino que, bien al contrario, solicitó de la Administración la concesión de un plazo adicional, algo que no resultaba posible porque, según dispone expresamente el contrato, no se admite prórroga alguna más allá de la fecha final de entrega (Estipulación Quinta).

Por otro lado, si la Consejería de Salud hubiera accedido a la petición de un plazo adicional, y hubiera establecido un plazo más amplio para realizar la entrega, no sólo habría incumplido del PCAP y el contrato, sino que, además, habría vulnerado los principios de igualdad de trato entre los licitadores, dado que, si el PCAP hubiera contemplado *ex ante* un plazo mayor para entregar los productos, a buen seguro los otros dos licitadores (u otros potenciales interesados) habrían podido formular otras ofertas, con precios más bajos y/o mayores mejoras.

8. En definitiva, por las razones enumeradas en los apartados precedentes, parece claro que el incumplimiento del plazo de entrega no se debió a razones ajenas al contratista, sino a su propia falta de diligencia, siendo obvio que no pueden desplazarse a la Administración autonómica las consecuencias perjudiciales que se derivan de la

imprevisión del contratista, o de su error al confiar en la viabilidad de obtener a tiempo, y de un proveedor determinado, el material que se había comprometido a suministrar a la Consejería actuante.

Cuarto

Efectos de la resolución del contrato

De acuerdo con el art. 213.3 LCSP'17, *“cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, le 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”*.

Por ello, la consecuencia de la resolución habrá de ser aquí, además de la propia extinción del contrato, la incautación de la garantía constituida por el adjudicatario por valor de 2.238,75 euros.

Sin embargo, del expediente remitido a este Consejo no se desprende que a la Consejería actuante se le hayan irrogado daños y perjuicios de cuantía superior al importe de esa garantía, que justifiquen que el contratista haya de indemnizar a la Administración con una cantidad adicional.

CONCLUSIONES

Primera

Procede la resolución del contrato de suministro formalizado el 2 de octubre de 2020, por incumplimiento debido a culpa del contratista.

Segunda

La resolución del contrato, además de la extinción del vínculo contractual, ha de suponer la incautación de la garantía depositada por el adjudicatario en favor de la Administración autonómica.

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO

Joaquín Espert y Pérez Caballero