

En Logroño, a 25 de octubre de 2021, el Consejo Consultivo de La Rioja, constituido 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^a Amelia Pascual Medrano, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

45/21

Correspondiente a la consulta formulada por la Excm. Sra. titular de la entonces Consejería de Salud y Portavocía del Gobierno de La Rioja (actual Consejería de Salud), sobre la *Propuesta de resolución, por demora imputable al contratista, del contrato suscrito, por tramitación de urgencia, entre la Consejería de Salud y Portavocía del Gobierno de la CAR y la empresa G.S.SL para el suministro del lote núm. 6 (equipos consumibles de protección individual y materiales de protección para reducir el contagio por COVID-19, destinado al Sector público de la CAR, excluidos los servicios sanitarios).*

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

Expediente contractual, Pliegos, adjudicación y formalización del contrato.

1. Expediente de contratación.

-El 16-09-2020, el Director General de Salud Pública, Consumo y Cuidados (DGSP) firmó una Memoria justificativa relativa a la necesidad que pretendía cubrir el contrato referido en el encabezamiento de este dictamen, y su idoneidad para satisfacerla, en cumplimiento del art. 28 LCSP'17 (Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector público).

En ella, se establece ya, entre otras, i) la necesidad de que el contrato sea objeto de la tramitación urgente prevista en el art. 119 LCSP'17, dada la necesidad inaplazable de que el Sector público cuente con equipos de protección frente al *Covid-19*; ii) la no previsión de prórrogas ni de modificaciones; y iii) en orden a su adjudicación, la

imposibilidad de “variar los plazos de entrega ni de introducir modificación de ninguna clase en la ejecución del contrato”.

-El 18-09-2020, la CSPG (la Excmá Sra. Consejera de Salud y Portavocía del Gobierno, ahora, de Salud) inició un expediente para la contratación del suministro referido.

-El 30-09-2020, la CSPG 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 presupuesto base de licitación fijado fue de 4.340.817,22 euros, IVA incluido.

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: *Suministro de equipos consumibles de protección individual y materiales de protección para reducir el contagio por COVID-19, destinado al Sector público de la CAR (excluidos los servicios sanitarios) por tramitación de urgencia. Ello se concreta en 8 lotes de productos; si bien, a los efectos del presente dictamen, sólo interesa recoger el Lote 6: Equipos de protección ocular. 6. Gafa de montura integral.*

-Cláusula 4ª CE-PCAP: Necesidades administrativas a satisfacer: *... con el fin proteger la salud de los trabajadores del Sector público de la CAR (exceptuados los servicios sanitarios) y de las personas de los Centros públicos dependientes del Gobierno de La Rioja o con concierto de plazas públicas, se precisa adquirir, de forma urgente, materiales de protección, tales como mascarillas, ropa de protección, guantes, protección ocular y facial, desinfectantes y termómetros y así evitar la transmisión del virus.*

-Cláusula 3ª PPT: Características comunes a todos los lotes: *Los licitadores deben acreditar que los productos cumplen con los requisitos exigidos en este Pliego. Si no se aporta toda la documentación (que debe estar en vigor y escrita o traducida al castellano) y las muestras para poder comprobar que el producto cumple con las normas y requerimientos técnicos mínimos, que son obligatorios, la oferta quedará excluida.*

-Anexo 2. PPT: Lote 6. Equipos de protección ocular: *Este lote lo compone el siguiente producto: 6 Gafas de montura integral. Las gafas de montura integral son EPI, categoría II, por lo que debe cumplir con el Reglamento (UE) 2016/425, tener marcado CE, y cumplir con lo especificado en la norma UNE-EN 166:2002 “Protección individual de los ojos. Especificaciones”, campo de uso 3, donde lo que se evalúa es la hermeticidad del protector. La gafa integral ofrece protección de la región ocular frente a salpicaduras que procedan desde cualquier dirección.*

-Anexo 2. PPT: Lote 6. Cumplimiento de normas, requisitos ambientales y técnicos y forma de acreditarlo: *Los licitadores deberán acreditar el cumplimiento de los requisitos de la siguiente*

forma: Declaración responsable del licitador de que los productos ofertados cumplen con la normativa vigente de aplicación... Ficha técnica del producto elaborada por el fabricante... Muestras de los productos ofertados.

-Cláusula 7ª CE-PCAP: Plazo total de ejecución: *El plazo de entrega será de un mes contado a partir del día de la formalización del contrato".* **Prorroga:** *No se establece.*

-Cláusula 8ª CE-PCAP: Tipo de procedimiento. Criterios de adjudicación y su ponderación. **Forma en que ha de realizarse su valoración:** *Con el objetivo de reforzar los principios de transparencia, objetividad e igualdad en el tratamiento a los licitadores y dado que se trata de suministros que están perfectamente definidos y no es posible variar los plazos de entrega ni introducir modificación de ninguna clase en la ejecución del contrato, el único criterio de valoración es el precio.*

-Cláusula 10ª CE-PCAP: Bases de la participación en el procedimiento: *...Declaración responsable del licitador por la que se indique que para la ejecución del contrato dispone de capacidad de suministro de los productos que oferta.*

-Cláusula 25ª CE-PCAP: Derechos y obligaciones específicas del contrato: *Se establece como obligación contractual esencial el cumplimiento de las normas y requisitos técnicos de los productos ofertados, que se encuentran definidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas y su incumplimiento es causa de resolución del contrato.*

-Cláusula 16ª PT-PCAP: Formalización del contrato y sucesión del contratista: *el contrato se perfecciona con su formalización y en ningún caso podrá iniciarse la ejecución del contrato sin su previa formalización.*

-Cláusula 18ª 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.*

-Cláusula 19ª 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...".*

-Cláusula 19ª PC-PCAP: Incumplimiento y demora. Penalidades por demora diferentes a las contempladas en el artículo 193.3: *El adjudicatario queda obligado al cumplimiento del plazo de entrega previsto. Atendiendo a las especiales características del suministro, en caso de incumplimiento en el plazo de entrega, dará lugar a una penalización del 3% semanal, calculado proporcionalmente día a día sobre las cantidades pendientes de suministrar... El importe de la penalidad se deducirá de la factura a abonar al contratista. En el supuesto de que no fuera posible, se ejecutará la garantía definitiva en la parte correspondiente.*

3. Procedimiento de adjudicación.

-Una vez aprobado el expediente de contratación, la Consejería actuante inició el procedimiento de adjudicación, por los trámites del procedimiento abierto, con un solo criterio de adjudicación (precio) y en tramitación urgente.

-La empresa indicada en el encabezamiento de este dictamen (en adelante la empresa o contratista) acabaría siendo la adjudicataria (Resolución de 12-03-2021), del Lote núm. 6 “Equipos de protección ocular”, compuesto por 1.044 unidades de Gafas de montura integral, por importe de 3,60 euros (IVA excluido), hasta un importe máximo de 3.758,40 euros (IVA excluido).

4. Formalización del contrato.

-Una vez constituida la garantía por el adjudicatario (por importe de 574,20 euros), el contrato administrativo fue firmado, el **16-04-2021**, por el Secretario General Técnico de la Consejería actuante (SGT) y por el representante legal de la empresa.

-La Estipulación Quinta del contrato dispuso que *“el plazo de entrega será de un mes contado a partir del día de la formalización del contrato. No procede prórroga de contrato”*.

En suma, la contratista disponía hasta el **16-05-2021** para realizar el suministro acordado.

Segundo

Las incidencias acaecidas en la ejecución del contrato

1. El 29-04-2021, la contratista, en un correo electrónico dirigido al Servicio de Contratación, señaló que, i) en la documentación de la licitación, presentó *ficha técnica del modelo G-03, Certificado modelo G-03 y G-04 y Ensayo UNE EN 166 modelo gafa G-03 y G-04*; que ii) *“por lo tanto, la gafa G04, que es del modelo que disponemos para entregaros, cumple los requisitos del Pliego y es del mismo fabricante, adjunto ficha técnica”*; y iii) que ha sufrido un retraso por el atasco del Canal de Suez, pero será de 5 días máximo.

La contestación de la Administración se produce también a través de un correo, de fecha 5-05-2021, que señala:

“Consultado el tema, me indican que el modelo de gafa que tienen que suministrar es el que ofertaron en su día, que no podemos admitir el cambio de la gafa y, por tanto, si no suministran la gafa que ofertaron sería un incumplimiento del contrato”.

2. Lo anterior, llevó a la contratista a presentar un escrito, de fecha 13-05-2021, en el que:

-Subraya que, a través del ya citado correo de 29-04-2021, solicitó *“un cambio de modelo de producto a suministrar... justificando que la sustitución del producto ofertado —Gafa de protección G03— no se dispone actualmente de stock pero se*

dispone del modelo – Gafa de protección G04—, siendo un modelo de gafa del mismo fabricante y que cuenta con las mismas certificaciones, habiéndose presentado en fase de licitación dichas certificaciones...”

-Solicita el cambio de un producto, dado que entiende que *“no presenta modificaciones sustanciales respecto al ofertado en fase de concurso”* y, por ende, entiende en este caso de aplicación el art. 205. 2c) LCSP’17.

-Rechaza que el supuesto producido pueda considerarse como incumplimiento del contrato.

3. El SPRL (Servicio de Prevención de Riesgos Laborales), en informe de 10-05-2021, en cambio, subraya que *«se constata que, de acuerdo al apartado 5) de la “Declaración UE de conformidad”, el modelo G-03 y el modelo G-04 tienen “Normas/Especificaciones técnicas” diferentes. No se puede valorar el equipo de protección ocular modelo G-04 puesto que no se han podido comprobar las características del mismo físicamente»*.

4. Por último, la Jefa del Área Régimen Económico y Presupuestos, en su informe de 8-06-2021, tras examinar todo este proceso, rechazó de plano reputarlo como una eventual modificación no sustancial del contrato y propuso el *inicio de un expediente de resolución contractual por incumplimiento del contratista*.

Tercero

El procedimiento de resolución del contrato

1. Por las razones expuestas, el SGT de la Consejería actuante inició un procedimiento de resolución contractual, por Resolución de 14-06-2021, en el que también nombró Instructor del expediente y dispuso conferir audiencia al contratista por plazo de diez días.

2. Dicha Resolución fue notificada, al día siguiente, a la empresa contratista, la cual formuló alegaciones, mediante escrito fechado el 30-06-2021, en las que, en esencia, reproduce su escrito de 13-05-2021, al que ya nos hemos referido más arriba.

3. A la vista de las alegaciones presentadas, la Instructora del expediente formuló, el 26-07-2021, la Propuesta de resolución, en el sentido de **resolver el contrato por demora en el cumplimiento del plazo para la realización del suministro, con incautación de la garantía depositada** (de 574, 20 euros).

4. El 03-08-2021, el SGT de la Consejería actuante recabó el informe de los Servicios Jurídicos del Gobierno de La Rioja, preceptivo conforme al art. 109.1-d) 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, el Instructor del expediente decidió, el 4-08-2021, 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 12-08-2021, en el que se mostraron favorables a la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista, expresando que:

“De la relación de hechos, se aprecia que no se ha cumplido ni la obligación principal del contrato, suministro de gafas de protección (Lote 6) ofertada, ni resto de obligaciones, plazo de ejecución ... La adjudicataria simplemente ha manifestado que: ‘la sustitución del producto ofertado – Gafa de protección G03- no se dispone actualmente de stock’, si bien, consta en la documentación contractual la declaración responsable del adjudicatario en la que manifestaba, bajo su responsabilidad, ‘que para la ejecución del contrato dispone de capacidad de suministro de los productos que oferta’ (fol. 162 del expediente).

Al respecto, en la cláusula segunda del contrato, la adjudicataria se comprometía a la prestación del suministro citado en la cláusula primera con estricta sujeción al PCAP y al PPT que rigen para este contrato. Añade la propuesta que: ‘la oferta forma parte de los documentos que rigen el contrato y es vinculante para el contratista, (que) tenía la obligación de suministrar el modelo ofertado, G-03’.

A tenor de las disposiciones transcritas, la resolución de contrato procede ante la inobservancia del contratista de lo pactado, en los términos del art. 211.1.d) LCSP'17.

...Respecto la culpa del contratista, de la documentación remitida, se justifica que el incumplimiento no se ha debido a causas imprevistas, fortuitas o por infracción del contrato por parte de la Administración, sino que la no ejecución del suministro se ‘debe a la falta de stock del modelo que deben suministrar’.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente con fecha 17 de agosto de 2021 y registrado de entrada en este Consejo el 2 de septiembre de 2021, la Excm. Sra. Consejera de Salud y Portavocía del Gobierno de La Rioja (ahora, de Salud), 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 6 de septiembre 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 1ª.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.1ª.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 18-09-2020), la aprobación del expediente de contratación (de 30-09-2020) y la Resolución adjudicatoria del contrato (de 12-03-2021) se dictaron bajo el imperio temporal de la LCSP'17, que estaba vigente desde el 9 de marzo de 2018 (DF 16ª).

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 LCCR'01 (Ley -de la CAR- 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) RCCR'02 (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 de ejecución y la modificación no sustancial

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 7ª del Pliego Tipo de PCAP aprobado por el órgano de contratación en el supuesto que nos ocupa. De forma diáfana, además, su Cláusula 18ª establece que *“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”*.

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 ocular contratado debería realizarse en el plazo máximo de un mes contado a partir de la formalización del contrato, de lo que resulta como fecha más tardía para su ejecución, el 16-05-2021.

A este respecto, no es controvertido que, el 14-06-2021, tal material no se había todavía suministrado, lo cual, a su vez, fundamentó el inicio, en esa fecha, del expediente de resolución del contrato por demora en su cumplimiento, que prevé el art. 211.1.d) LCSP'17. Además, en este caso, a dicha causa de resolución, bien podría añadirse la prevista en la letra f) de dicho precepto, en tanto que el suministro del material ocular era la principal y única obligación del contrato suscrito.

En definitiva, 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 19ª 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).

Tercero

La modificación no sustancial del contrato

1. Los antecedentes relatados han dejado de manifiesto que el contratista no ha cumplido con el suministro del material pactado en el plazo establecido, porque, sencillamente, no disponía del específico *modelo G-03 de Gafa de montura integral* ofertado y, por ende, objeto del presente contrato.

Obvia conclusión de lo anterior es, como ya hemos adelantado, la concurrencia de la causa de resolución del contrato prevista en el art. 211.1 d) LCSP'17.

Con todo, antes de elevarla a conclusión definitiva, parece oportuno aclarar si es oponible a la misma la eventual subsunción de este caso dentro de las modificaciones no sustanciales previstas en el art. 205.2 c) LCSP'17, tal y como solicitó la empresa contratista, en su escrito de 13-05-2021.

2. En la fase de ejecución del contrato, en relación con la sustitución del modelo de gafa G-03 por el G-04 propuesto por la contratista, la Administración (véase correo de 5-05-2021), le indica, de forma clara, “*que el modelo de gafa que tienen que suministrar es el que ofertaron en su día, que no podemos admitir el cambio de la gafa y, por tanto, si no suministran la gafa que ofertaron, sería un incumplimiento del contrato*”.

La contratista (véase su escrito de 13-05-2021) reconoce, en efecto, que *el producto ofertado es el modelo de gafa G-03*, pero solicita el cambio de modelo en atención únicamente a que “*no se dispone actualmente de stock, pero se dispone del modelo -Gafa de protección G04, siendo un modelo de gafa del mismo fabricante y que cuenta con las mismas certificaciones*”. De ahí, y sin más fundamentación, entiende que se trata de una modificación no sustancial, reiterando la solicitud de cambio de gafa propuesto.

La Propuesta de resolución, acertadamente, subraya que la modificación de los contratos es una prerrogativa del órgano de contratación por razones de interés público (art. 190 LCSP'17) y “*en los casos y en la forma prevista*” en los arts. 203 y ss. de la LCSP'17.

En nuestro caso, no estando prevista modificación alguna en los Pliegos, ésta —descartada la concurrencia de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles— únicamente podría hallar justificación si se entendiera, tal y como solicita la contratista, que se trata de una *modificación no sustancial* del citado art. 205.2 c) LCSP'17.

Sin embargo, ello es rechazado de plano por la Administración. Y es que, en efecto, de acuerdo con los Pliegos que rigen este contrato: i) el suministro ofertado y acordado no es otro que el modelo de Gafa G-03, única de la que se facilitó la *Ficha técnica*; ii) dicho modelo fue el objeto de la *muestra* requerida a fin de revisar físicamente el producto y comprobar sus características; y iii) es el que únicamente consta en su declaración responsable y del único del que, en la oferta, consta su *Ficha técnica* (fols. 212 y 244 del expediente).

Así las cosas, no es posible realizar ningún reproche jurídico: i) al rechazo por la Administración de la modificación solicitada que, dicho sea de paso, requiere que se “*justifique especialmente*” su necesidad, “*indicando las razones por las que estas prestaciones no se incluyeron en el contrato inicial*”; ni ii) a su propuesta de resolución contractual.

No empaña lo anterior el hecho, alegado por la empresa, de que, en la documentación de su oferta, incluyese también el *Certificado de examen UE* del modelo G-04; más aún, cuando también se incorporó dicho *Certificado* de otros muchos modelos. Tampoco tiene mayor relevancia, a estos efectos, que los modelos sean similares o que el *Ensayo UNE* coincida.

Conviene, además, no olvidar que, pese a lo anterior, el SPRL (Servicio de Prevención de Riesgos Laborales), en informe de 10-05-2021, subraya que “*se constata que, de acuerdo al apartado 5) de la ‘Declaración UE de conformidad’, el modelo G-03 y el modelo G-04 tienen ‘Normas/Especificaciones técnicas’ diferentes. No se puede valorar el equipo de protección ocular modelo G-04 puesto que no se han podido comprobar las características del mismo físicamente*”.

Por lo demás, resulta obvia la inconsistencia de justificar la necesidad de una modificación contractual en la no disposición de existencias almacenadas (*stock*) del modelo que se había ofertado. Ello dista sobremanera de la estricta justificación de este supuesto que, hemos visto, exige el art. 205.2 c) LCSP’17.

En definitiva, el hecho cierto es que la gafa de protección ofertada era la G-03 y, por tanto, es esa la que el contratista tenía la obligación de suministrar en el plazo acordado. Al no haberse realizado dicho suministro, procede la resolución del contrato propuesta por el órgano de contratación.

Cuarto

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 caso 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 8-06-2021, por la Propuesta de resolución de 26-07-2021 y por el informe de los Servicios Jurídicos de 12-08-2021.

2. La empresa justificó su solvencia técnica para la contratación, para lo que tuvo que acreditar los suministros, de igual o similar naturaleza, 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, los

posibles proveedores y los plazos de disponibilidad del material ocular concretamente ofertado.

3. De las anteriores circunstancias, se extrae sin dificultad la conclusión de que la contratista tenía medios racionales y motivos suficientes para conocer, al tiempo de tomar parte en la licitación, su disponibilidad para poder realizar en el plazo fijado el suministro específico contenido en su oferta, la cual rige también el contrato finalmente suscrito

En esas condiciones, un comportamiento diligente hubiera debido conducir a la empresa a no ofertar un determinado suministro, si no estaba plenamente seguro de poder garantizar su entrega en la fecha requerida; más aún cuando la licitación exige una declaración responsable del licitador *“por la que se indique que, para la ejecución del contrato, dispone de capacidad de suministro de los productos que oferta”*.

4. A los anteriores razonamientos, debe añadirse que la empresa conocía, desde el 12-03-2020, que era la adjudicataria del contrato.

Ciertamente, hasta la formalización del contrato (que tuvo lugar el 16-04-2021), la adjudicataria no estaba habilitada para comenzar a ejecutarlo, pero nada le impedía ir anticipando las gestiones encaminadas a disponer del concreto suministro acordado.

5. La contratista, tras el requerimiento de información relativa a los detalles de entrega, se limitó a comunicar, el 29-04-21, el cambio de modelo de la gafa de protección del G-03 al G-04, *“que es del modelo que disponemos para entregaros”*. Algo que, ante el rechazo del órgano de contratación, reitera en su escrito de 13-05-2021.

Sin embargo, no es dudoso que la situación de falta de *stock* del suministro acordado es responsabilidad única del contratista, el cual no puede obligar a un cambio de producto —por similar que sea—, que no ha sido el específico ofertado, valorado y aceptado por la Administración.

La obligación de la empresa era disponer del suministro contratado con la Administración, algo que, obviamente, no hizo.

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 en la elección del material contenido en su oferta y, por tanto, el que se compromete a suministrar a la Consejería actuante.

Quinto

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 574, 20 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 16 de abril de 2021, 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