



En Logroño, a 14 de marzo de 2023, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. José Ignacio Pérez Sáenz, de los Consejeros, D. Enrique de la Iglesia Palacios, D^a. Amelia Pascual Medrano, D^a Ana Reboiro Martínez-Zaporta y D^a María Belén Revilla Grande, y del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Serrano Blanco, y siendo ponente D. Enrique de la Iglesia Palacios, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

14/23

Correspondiente a la consulta formulada por la Excm. Sra. Presidenta del Servicio Riojano de Salud de La Rioja, sobre la *Propuesta de resolución del contrato de suministro de material sanitario en el marco de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 suscrito con la mercantil T.P.; por incumplimiento de la empresa contratista y con oposición de ésta.*

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

La Consejería de Salud del Gobierno de La Rioja ha tramitado un procedimiento de resolución del referido contrato de suministro, del que, a los efectos del presente dictamen, resultan los siguientes antecedentes de interés, que se ordenan cronológicamente, salvo cuando, por razones de claridad, resulte necesario exponerlos por orden lógico.

Primero

El contrato de suministro de mascarillas celebrado con T.P.

1. La oferta realizada por T.P., y la tramitación y adjudicación del contrato de suministro

A) El 2-4-2020, en el seno de la grave crisis sanitaria originada por el COVID-19, la Gerencia del Servicio Riojano de Salud (SERIS) inició un expediente de contratación encaminado a la celebración de un contrato de suministro de 950.000 mascarillas tipo KN95, equivalente a la clase FFP2.

Ese expediente de contratación se tramitó bajo la modalidad de emergencia



contemplada por el art. 120 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), con las especialidades establecidas entonces por el art. 16 del RD-Ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se aprueban medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19.

El mismo día 2-4-2020, el contrato de suministro fue adjudicado a la mercantil *T.P.* (en adelante, el contratista), por un importe total de 3.472.700 euros (2.870.000 euros, más 602.700 euros en concepto de IVA).

Para esa fecha, 2-4-2020, al menos una parte del importe (2.722.500 euros) había sido satisfecha a *T.P.* el 30-3-2020, según se desprende del documento contable ADO obrante al folio 13 del expediente. Sobre la parte restante (750.200 euros) figura en el expediente un documento AD, de 8-4-2020 (folio 15).

B) La tramitación y adjudicación del contrato de suministro había venido precedida por el ofrecimiento realizado por la propia mercantil *T.P.* al Servicio Riojano de Salud, el 29-3-2020, mediante un correo electrónico (folio 122 del expediente) en el que, en nombre de dicha mercantil, D. M.P.M., en calidad de Director Comercial de *T.P.*, expuso:

“Estimados Sres:

Estos 2.000.000 de mascarillas FFP2 KN95, han pasado ya la aduana en China y están para ser cargadas hoy mismo, precio 2,50 € unidad. Quedo a su entera disposición para cuantas dudas y consultas tengan al respecto. Gracias. Un cordial saludo”.

El correo llevaba por asunto *“2.000.000 mascarillas en stock FFP2 KN95 pasado aduana en China”*, y a él se acompañó documentación adjunta -en idiomas chino e inglés- relativa a las propias mascarillas (especificaciones técnicas y fotografías) y al fabricante de esas mascarillas que era, en su denominación en inglés *“Z.C.Co. Ltd”* (folios 122 y ss).

A su correo electrónico de 29-3-2020 *T.P.* adjuntó también (folio 129) un certificado, fechado el 24-3-2020, expedido por la entidad *Internacional Certification Registrar Polska (I.)*, según el cual, el producto ofertado (*“E-PTFE Micro Filtration Membrane Protective Mask”*, y Tipo *KN95 (FFP2 NR)*) del fabricante *Z.*, cumplía los estándares comunitarios *“EN 149:2001 + A1: 2009”*.

C) En el expediente (folios 62 y 63) figuran dos documentos de *“Pedido de Compras”* del SERIS al Proveedor *T.P.* En ambos documentos se identifica el suministro solicitado como *“Artículo CH0020. Descripción: Mascarilla FFP2 gomas sin válvula ajustable no latex, desechable”*.

1/ Uno, relativo al pedido nº 2011-2695 de 200.000 mascarillas, por importe total de 750.000 euros, a razón de un precio de 3,751 euros/mascarilla, IVA incluido. Pedido



fechado el 30-3-2020.

2/ Otro, referido al pedido nº 2011-6907, de 750.000 mascarillas, por importe total de 2.722.500 euros, a razón de un precio de 3,63 euros/mascarilla, IVA incluido. Pedido fechado el 6-4-2020.

D) Como documentación complementaria, la Consejería actuante remitió al Consejo consultivo los albaranes correspondientes:

1/ Los referidos al pedido 2011-6907 documentan seis entregas, de 130.000, 200.000, 40.920,000, 100.000, 150.000 y 129.080 mascarillas. Total, 750.000 mascarillas.

2/ Los derivados del pedido 2011-6995 documentan tres entregas de 128.790 (50.000 + 59.000 + 19.970), 70.920,000 y 80 mascarillas. Total, 199.790 mascarillas.

2. La entrega de las mascarillas

A) Una vez tramitado el procedimiento de contratación de emergencia y adjudicado a *T.P.* el contrato de suministro de las 950.000 mascarillas el 2-4-2020, el SERIS fue recibiendo de *T.P.* un total de 949.790 mascarillas en diversas entregas realizadas entre los meses de abril y mayo de 2020.

B) En cuanto a la forma de realizarse el transporte y entrega de dichas mercancías - que eran objeto de importación a España al ser fabricadas en la República Popular de China-, las mascarillas fueron transportadas hasta su puerto de destino.

Según se infiere de los documentos relativos a la declaración aduanera de la mercancía (folios 17 y ss del expediente) y de la documentación presentada por el contratista junto a su escrito de 23-11-2022 (al que más adelante se hará referencia, folio 558), al llegar al puerto de destino, las distintas partidas de mascarillas fueron depositadas -bien fuera por el propio suministrador o bien por encargo suyo- en un almacén del agente aduanero (*G.L.*) sito en Coslada (Madrid), hasta tanto se realizasen los correspondientes trámites aduaneros y se obtuviera el despacho de la mercancía. Una vez obtenido el despacho de la mercancía, se ponían ya a disposición del comprador quien -conforme a las manifestaciones de *G.L.*- “*recibe los artículos en el puerto de destino cubriendo los gastos de desembarco, los trámites aduaneros por importación y los riesgos de pérdida o daño*” (folio 557 del expediente).

Así, en diversas entregas realizadas a partir del 28-4-2020 y hasta el 27-5-2020, el SERIS recogió la mercancía suministrada. Lo hizo por medio de una empresa de transporte y almacenamiento contratada por el SERIS (*J.G.B.H.SL*), que la trasladó hasta un segundo almacén, propio de la referida empresa transportista y situado en el Polígono Industrial La



Portalada II, de Logroño (C/X), en el que las mascarillas quedaron depositadas a disposición del SERIS.

C) Las mascarillas realmente entregadas por *T.P.* al SERIS fueron distintas de las que ella misma había ofrecido el 29-3-2020.

En efecto, el 21-4-2020, el SERIS remitió un correo electrónico a la mercantil solicitando “*en relación a los pedidos realizados por el Hospital San Pedro de Logroño de mascarillas FFP2 Referencia (KN95, N° de Pedido 2011-6596 y 2011-6907)*”, que “*envíe a la mayor brevedad posible certificado válido que acredite que la mascarilla cumple la norma UNE – EN 149:2001*” (folios 132 y 133)

Pues bien, ese mismo día 21-4-2020 la mercantil contestó mediante otro correo electrónico (folio 132) en el que identificó “*lo que está embarcado y en camino*” en relación con ambos pedidos e indicó que “*Hemos comprobado que las certificaciones cumplan con la normativa EN-149:2001*”. A su correo de 21-4-2020 la contratista adjuntó varios archivos electrónicos que, por su tamaño, tuvieron que remitirse en dos correos distintos. Cada archivo (folios 134 y ss) contenía el documento “*packing list*” correspondiente a cada partida de mascarillas, así como documentación técnica (fotografías, datos del fabricante y especificaciones técnicas) relativa a esa parte de las mascarillas entregadas.

Si bien dentro de los “*packing list*” incorporados al expediente remitido no se encuentra el relativo a la partida de 150.000 mascarillas del fabricante X. Brand, la Consejería consultante lo remitió al Consejo Consultivo como documentación complementaria. Al igual que en los restantes, la descripción del producto es “*KN95 Protective Mask FFP2 CE*” así como el nombre del fabricante (X.).

D) De esa documentación se advierte ya que ninguna de las mascarillas había sido fabricada por el *Z.C.Co. Ltd*, sino por fabricantes distintos (X., U., S. y B.P.).

En el mismo sentido, el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales del SERIS (SPRL), en informe fechado el 8-10-2020 (folios 114 y ss), incide en otras diferencias que se observan entre las mascarillas ofrecidas el 29-3-2020 y las recibidas por el SERIS a partir del 28-4-2020 a la vista del examen de las fotografías de unas y otras mascarillas, o de las cajas en que están embaladas.

A continuación, se reproduce un cuadro de las diferentes partidas de mascarillas, con los datos relativos al número de pedido al que pertenece cada partida, al “*packing list*” de cada partida (identificado por su fecha), al fabricante de cada una de ellas y a la cantidad de mascarillas enviadas, que, en total, fueron 949.790 (210 menos de las 950.000 contratadas). Como puede verse, esas cifras coinciden, con algunas variaciones, con las reflejadas en los albaranes de entrega a los que antes se ha hecho referencia.



Nº Pedido	Identificador Packing List	Referencia	Cant. según Packing list	Cant. según albarán
2011-6965	08/04/2020	X.	19.960	
2011-6965	09/04/2020	X.	50.000	
2011-6965	11/04/2020	U.	59.000	
		Subtotal	128.960	128.790
2011-6965	18/04/2020	B.P.	70.920 (1)	70.920
2011-6965				80
		Total pedido 2011-6955	199.880	199.790
2011-6907	09/04/2020	X.	130.000	130.000
2011-6907	10/04/2020	SENKE	200.000	200.000
2011-6907	11/04/2020	B.P.	40.920	40.920
2011-6907	24/04/2020	X.	150.000	150.000
2011-6907	17/04/2020	X.	100.000	100.000
2011-6907	18/04/2020	B.P.	129.080 (1)	129.080
		Total pedido 2011-6907	750.000	750.000
		TOTAL DOS PEDIDOS	949.880	949.790

(1) Las 70.920 y 129.080 mascarillas, aunque pertenecen a pedidos distintos (2011-6965 y 2011-6907, respectivamente), aparecen en el mismo Packing List de B.P. de 18-4-2020 ($129.080 + 70.920 = 200.000$)

E) La última partida de mascarillas fue recogida por la empresa transportista contratada por el SERIS el 27-5-2020.

Pocos días después, concluida la recepción de la cantidad de mascarillas suministradas, y depositadas éstas en los almacenes de la empresa transportista contratada por el SERIS, el 1-6-2020, la Sra. Directora de Recursos Económicos y Servicios Generales del SERIS suscribió un “*acta de recepción*” en la que indicó que

“*Se firma el presente documento para hacer constar formalmente que el suministro que se detalla ha*



sido recibido de conformidad para la contratación de emergencia de la adquisición de equipamiento para el Hospital San Pedro en el marco de la crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19”.

A continuación, se describe el suministro recibido (“FFP2 KN95”) las unidades (200.000 y 750.000), el precio unitario correspondiente y el total (IVA incluido) de cada bloque de mascarillas (750.200 euros y 2.722.500 euros respectivamente).

3. Los análisis técnicos de las mascarillas.

A) Según refiere el informe del SPRL de 8-10-2020, el 6-4-2020, el Ministerio de Trabajo y Economía Social publicó un *“documento de verificación de certificados/informes que acompañan a los EPI (Equipos de Protección Individuales) con indicaciones para verificar la idoneidad de la documentación que acompaña a los equipos, su trazabilidad, etc, aplicable a los EPIS de categoría I y III, como son los equipos de protección respiratoria EPIR”*.

Ese documento, prosigue el Informe de 8-10-2020, *“detalla una lista de certificados falsos, identificados y ya comunicados al resto de Estados Miembros de la UE. Entre ellos se encuentran dos ejemplos de certificados falsos de la empresa I., la cual certificaba las mascarillas Ofertadas por T.P. como que eran conformes a la EN 149:2001”*

B) El Informe del SPRL de 8-10-2020 refiere que, el 18-4-2020, habida cuenta las indicaciones del Ministerio de Trabajo, el SERIS decidió que

“...todas las mascarillas que lleguen independientemente del tipo de documentación previa que envíe el proveedor se enviarán al Centro Nacional de Medios de Protección del INSTT en Sevilla para dar su conformidad. En dicho centro realizaban el ensayo de penetración con NaCl para ver eficacia de filtración de la mascarilla. Según la norma GB2626 debe ser del 95%, según la norma europea, del 94%.”

C) En definitiva, a medida que fueron siendo recibidas, las diferentes partidas de mascarillas fueron sometidas, a petición del SERIS, a análisis técnicos dirigidos a comprobar si cumplían, o no, los requisitos de calidad y seguridad exigibles al tipo de mascarilla cuyo suministro había sido contratado; requisitos relativos al grado de *“penetración de material filtrante frente a aerosol de NaCl (cloruro de sodio) en estado de recepción (Penetración después de 3,5 minutos)”*.

Con ello, la Consejería pretendió asegurarse del ajustamiento de dichas mascarillas a la norma técnica aplicable a los dispositivos de protección respiratoria (medias máscaras de filtrantes de protección contra partículas) UNE-En 149:2001 + A1:2010.

D) Los análisis fueron realizados entre los días 30-4-2020 y 17-6-2020 por el Centro Nacional de Medios de Protección (CNMP), Centro dependiente del Instituto Nacional de



Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST) y de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social; y arrojaron el resultado de que, del total de mascarillas examinadas (las muestras correspondían a lotes que totalizaban 949.790 mascarillas), sólo 59.000 (las del fabricante U.) cumplían los requisitos exigibles, y el resto, 890.790, no.

El resultado de los análisis obra a los folios 73 a 99, 109 y ss y 251 a 273. En particular, los folios 109 a 113 recogen el informe de ensayo suscrito, el 30-9-2020, por una Técnico Superior de Prevención de la Unidad de Técnica de Protección Respiratoria del CNMP.

Como señala el Informe de la Sra. Subdirectora de Contratación del SERIS de 21-12-2020, al que más adelante se hará referencia, en cada muestra se enviaron tres mascarillas. Del fabricante X. se remitieron al CNMP dos muestras por el SERIS y una tercera por “Presidencia” (al parecer, la Presidencia del Gobierno de la CAR). Y de la B.P. fueron enviadas dos muestras.

El Informe de 21-12-2020 recoge en estos términos un cuadro resumen de los resultados obtenidos por los referidos análisis técnicos:

Identificación	Fecha de entrada en CNMP	Fecha del ensayo del CNMP	Conclusión de los resultados	Cantidad
X.	29/04/2020	30/04/2020	Cumple límite (*)	
X. (no SERIS)	06/05/2020	06/05/2020	No cumple (*)	
X.	21/05/2020	28/05/2020	No cumple (*)	449.790
U.	29/04/2020	30/04/2020	Cumple	59.000
SENKE	12/05/2020	15/05/2020	No cumple	200.000
B.P. BRAND (*)	12/05/2020	15/05/2020	No cumple	
BLUE POWER B (*)	04/06/2020	17/06/2020	No cumple	241.000

El citado Informe de 21-12-2020 explica.

-En relación con las mascarillas X., que el CNMP realizó, sobre una muestra remitida por el SERIS, un primer análisis (30-4-2020) que arrojó un resultado “al límite”; que “Presidencia” envió una segunda muestra que fue analizada el 06/05/2020 por el CNMP, que concluyó que las mascarillas no cumplían los requerimientos técnicos; y que el SERIS todavía envió al CNMP el 21-5-2020 una tercera muestra, que fue analizada, también con resultados desfavorables, el 28/05/2020.

-En relación con las mascarillas B.P., el SERIS remitió dos muestras distintas,



sometidas a examen los días 15/05/2020 y 17/06/2020, ambas con resultados desfavorables.

Segundo

Actuaciones preliminares y procedimientos previos de resolución contractual tramitados por el SERIS

1. Actuaciones preliminares

Habida cuenta la falta de adecuación de los suministros efectivamente recibidos a los que habían sido contratados, la Consejería de Salud remitió el 15-6-2020 al contratista un primer requerimiento intimándole a que entregara un material de protección que cumpliera lo pactado, o bien a que se procediera entre las partes contractuales a la restitución recíproca de las prestaciones (material defectuoso y precio abonado).

Ese requerimiento no fue atendido por la contratista (folios 100 a 105), por lo que la Consejería le envió un segundo, más detallado, fechado el 28-10-2020 (folios 299 a 304).

Mediante escrito fechado el 10-11-2020, la contratista dio respuesta a la Consejería alegando que la recepción de las mercancías se había producido de conformidad, sin haberse formulado en ese momento reparo alguno. Por tal motivo, la mercantil manifestó su oposición a la devolución del material suministrado y del precio recibido por ella.

2. El primer expediente de resolución contractual

A) En vista de las circunstancias expuestas, y de los informes que, sobre ellas, emitieron el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales el 8-10-2020 (folios 114 y ss) y la Sra. Subdirectora de Contratación del SERIS, el 21-12-2020 (folios 306 y ss), el Sr. Gerente del SERIS acordó el 22-12-2020 incoar un procedimiento de resolución contractual, *“que dará lugar, en su caso, a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a esta Administración, y que serán concretados a lo largo del proceso”*. El Acuerdo de 22-12-2020 dispuso también conceder al contratista *“un plazo de diez días naturales de audiencia para que alegue lo que estime por conveniente”*.

B) Mediante Acuerdo firmado el 16-2-2022, el Sr. Gerente del SERIS declaró la caducidad del referido procedimiento y acordó su archivo. Lo hizo, señala en dicho Acuerdo:

“Considerando que el artículo 212 de la Ley 9/2017, 8 noviembre de Contratos del Sector Público, sobre la aplicación de las causas de resolución, en su apartado 8 dispone lo siguiente:

«Los expedientes de resolución contractual deberán ser instruidos y resueltos en un plazo máximo de



ocho meses».

Por lo que, dicho plazo contado desde la fecha del acuerdo de incoación, esto es el 21-12-2020 (sic), ha transcurrido sin que el mismo se haya resuelto por esta Administración (...)”.

3. El segundo expediente de resolución contractual

A) El mismo día 16-2-2022, el Gerente del SERIS dictó Acuerdo de incoación de un nuevo procedimiento de resolución contractual.

El Acuerdo de 16-2-2022 dio por reproducida la motivación de la parte expositiva del primer acuerdo iniciador, de 22-12-2022; dispuso incorporar al segundo procedimiento de resolución los informes y la propuesta de resolución que se habían emitido en el seno del anterior expediente; y concedió trámite de audiencia al contratista por quince días.

B) En el nuevo expediente resolutorio constan evacuadas una propuesta de resolución del Servicio de Coordinación Jurídica del SERIS (sin fecha), un informe de los Servicios Jurídicos del Gobierno de La Rioja (recabado el 16-5-2022, pero cuya fecha tampoco consta). Tanto la propuesta de resolución como el informe del Servicio Jurídico fueron favorables a la resolución del contrato de suministro.

C) A ese segundo expediente fueron incorporadas las alegaciones formuladas por la mercantil en el anterior procedimiento (de 30-12-2020 y 29-3-2021) y las que efectuó ya durante la tramitación del segundo expediente (datadas el 8-3-2022), debiendo señalarse que el SERIS, que tuvo por formuladas esas alegaciones, confirió el 18-3-2022 al contratista un trámite adicional de audiencia por quince días -remitiéndole cierta documentación que el contratista había interesado- que la mercantil no satisfizo en el plazo otorgado.

D) En el curso de ese segundo expediente, la Consejería actuante recabó el dictamen del Consejo Consultivo de La Rioja. El Consejo, en su dictamen D.46/22, puso de manifiesto que el segundo procedimiento de resolución contractual debía declararse caducado por haber transcurrido, desde su iniciación, un plazo superior al de tres meses establecido por el art. 21.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

E) Mediante Resolución de 6-10-2022, el Sr. Gerente del SERIS declaró la caducidad del expediente iniciado el 16-2-2022.

Tercero

El actual expediente de resolución contractual

1. Ese mismo día 6-10-2022, el Sr. Gerente del SERIS acordó la incoación de un



nuevo procedimiento de resolución, si bien:

“...incorporando al mismo, como dice el artículo 95.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo, los actos y tramites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad, esto es, los informes emitidos por el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales de 8 de octubre de 2020, los correos y demás documentación existente en el expediente, el Informe del Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo O.A., M.P. Centro Nacional de Medios de Protección (CNMP) de Sevilla relativo a los resultados de los análisis de las mascarillas, informe 21340820, emitido por el CNMP el 30 de septiembre de 2020, informe del Servicio de recursos económicos de 6 de noviembre de 2020, e informe del expediente de incoación elaborado por la subdirectora A.M., y retrotraemos el expediente a la fecha en la que se dictó la segunda incoación de Resolución del contrato en fecha 11-2-2022, dando por reproducidos los mismos argumentos allí expuestos y que se adjuntan a esta Resolución e incorporando todas las actuaciones del expediente anterior”.

La Resolución de 6-10-2022, además, incluye dentro del objeto del procedimiento la liquidación de los daños y perjuicios que se afirman irrogados por el contratista a la Administración. Tras citar los arts. 213.3 LCSP y 113 RGAP, la Resolución realiza la siguiente valoración inicial, acompañada de los Anexos I a IV:

“Gastos originados por el alquiler de almacenamiento de las 950.000 mascarillas a la empresa G.B. desde el mes de abril de 2020 y calculados hasta septiembre de 2022, aunque continua en la actualidad: 56.615 euros, (Anexo 2) más gastos comerciales facturados por la empresa G.L., S.L. en concepto de «llegada aéreo» y aduanas 26.270 euros (Anexo3); coste realizado por los análisis y ensayos realizados a las muestras por el Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo: 3.606,12 euros (Anexo4); más los intereses devengados desde la fecha de pago hasta el 30 de septiembre de 2022, sin perjuicio de su posterior actualización : 201.476,99 euros (Anexo 5); lo que suma un total de: 287.968,11 euros”.

Conforme a la Resolución iniciadora de 6-10-2022, *“en el nuevo procedimiento a incoar, deberán cumplimentarse los trámites de alegaciones, proposición de prueba y audiencia al interesado”.*

En la documentación que, remitida a este Consejo, tras la Resolución de 6-10-2022, consta unido el informe del Sr. Gerente del SERIS de 16-2-2022 (págs. 455 y ss), que propuso la iniciación del segundo procedimiento resolutorio.

La Resolución de 6-10-2022, notificada a la mercantil contratista el 7-10-2022, le confirió plazo de diez días para formular las alegaciones y pruebas que tuviera por convenientes.

2. En un primer escrito, de 24-10-2022, la entidad solicitó se le diera traslado de dos documentos que, según la Resolución iniciadora quedaban incorporados al nuevo procedimiento y que sin embargo no le constaban a la entidad ni se habían acompañado a dicha Resolución de inicio: el *“Informe del Servicio de Recursos Económicos de 06/11/2020”* y el *“Informe de expediente de incoación elaborado por la Subdirectora D^a. A.M.”.*



Por otra parte, la mercantil, expuso, en síntesis, que:

“nos oponemos a la devolución del material objeto del contrato al haber cumplido íntegramente el mismo y no estar motivado ni justificando la resolución del contrato pretendida. Y por solicitada la práctica de la prueba que se solicita y que deberá de ser practicada previa notificación y audiencia de esta parte”.

En cuanto a la prueba a practicar, la contratista, además de recabar diversa documentación propuso la siguiente:

“5.- Se emita informe por el órgano administrativo competente sobre los siguientes puntos:

-Ubicación exacta de las mascarillas almacenadas y número total de las existencias depositadas en el almacén.

-Medidas de conservación en el almacenaje de estas por parte del depositario para evitar su deterioro y demás medios de conservación o seguridad para evitar su pérdida o deterioro, respecto de todas las existencias depositadas en el almacén.

-Habilitación y/o autorización de este para dicha actividad.

6.- Se emita informe por el responsable de la empresa J.G.B.H.SL provista de CIF nº BX sobre:

-Ubicación exacta de las mascarillas almacenadas y número total de las existencias depositadas en el almacén.

-Medidas de conservación en el almacenaje de estas por parte del depositario para evitar su deterioro y demás medios de conservación o seguridad para evitar su pérdida o deterioro, respecto de todas las existencias depositadas en el almacén.

-Habilitación y/o autorización de este para dicha actividad acompañada de los justificantes que lo acrediten.

7. Pericial. Se permita el examen de la mercancía por perito designado por esta parte para emitir informe sobre el estado de conservación de las mascarillas y sobre las medidas de seguridad, así como su estado actual y evaluación de su deterioro o pérdida. Ello una vez sean emitidos los informes solicitados en los puntos 5 y 6 y para la valoración económica de su deterioro.

8. Pericial. Dado que esta parte no conserva muestras de las mascarillas objeto de controversia, se solicita se remitan muestras de las que tiene en su poder el SERIS al CNMP para que realicen las pruebas de ensayo aplicando el método de ensayo previsto en la normativa de certificación GB2626-2006”.

3. El 4-11-2022, a la vista de la prueba propuesta por la mercantil, el Sr. Gerente del SERIS dispuso:

“... la práctica de las siguientes pruebas que han sido admitidas:



Documental que se remite en este escrito:

- Informe del Servicio de Recursos Económicos de 6-11-2020.*
- Informe de incoación elaborado por la Subdirectora D^a A.M.*
- Informe del Servicio Jurídico del expediente anterior que ha sido archivado.*
- Informe del Consejo Consultivo del expediente anterior que ha sido archivado.*
- Pericial: Se permite el examen de la mercancía a la empresa T.P. para que pueda emitir informe sobre el estado de conservación de las mascarillas, medidas de seguridad y su estado actual.*

Para lo cual deberá comparecer en el Hospital San Pedro, Puerta de entrada del Hospital, sito en la calle Piqueras 98, el día 15 de noviembre de 2022, a las 10 horas de la mañana, con el fin de trasladarnos al almacén donde están ubicadas las mascarillas, y con la advertencia indicada en el art. 78 de la LPAC, de que puede nombrar técnicos para que le asistan.

Asimismo, en dicho acto se le hará entrega de la documentación solicitada relativa a la empresa G.B., para su examen y comprobación.

Acuerda: La apertura de un periodo de prueba desde el día 4 de noviembre hasta el 25 de noviembre (incluyendo 10 días para alegaciones a contar desde el día 15 de la práctica de las pruebas propuestas)”.

Los énfasis son del original.

Por otra parte, el Sr. Gerente del SERIS, mediante un segundo Acuerdo de 4-11-2022 dispuso suspender el plazo máximo de resolución de procedimiento “*por el tiempo que media entre la realización de las pruebas propuestas desde el 3-11-2022, hasta la incorporación de los resultados al expediente, concediendo a la empresa un plazo de diez días naturales a partir del 15 de noviembre, fecha propuesta para la práctica de la prueba solicitada, con el fin de que pueda presentar las alegaciones que considere oportunas, por tanto se suspende hasta el 25 de noviembre, fecha de finalización del plazo para la presentación de alegaciones*”; y también “*notificar a T.P. este acuerdo a los efectos oportunos*”.

Los Acuerdos de 4-11-2022 fueron notificados ese mismo día a la mercantil.

4. Con la notificación del primer Acuerdo de 4-11-2022 antes referido, el SERIS dio traslado a la mercantil de la documentación referida en él.

También figura remitida diversa documentación relativa a la mercantil *J.G.B.H.SL*, que fue la empresa que, a instancia del Gobierno de La Rioja, recogió las mascarillas suministradas por *T.P.* en el lugar en el que ésta las tenía depositadas, y las transportó hasta La Rioja.

Esa documentación consiste en:



1/ Resultado de una consulta realizada al Registro de Empresas y Actividades de Transporte en fecha 8-11-2022. De acuerdo con el Registro, la mercantil tiene en vigor dos autorizaciones administrativas para el desarrollo de actividades de transporte público de mercancías y de operador de transporte.

2/ Certificado expedido el 3-11-2022 por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT) relativo a la situación de la mercantil en el censo de actividades económicas, que está dada de alta en las actividades de transporte de mercancías por carretera, agencias de transporte y alquiler de locales industriales.

3/ Certificado acreditativo de que el sistema de gestión de la mercantil ostenta el distintivo de calidad ISO9001 en las actividades de *“transporte, almacenamiento y distribución de mercancías generales y productos alimenticios (sin tratamiento de frío) en el ámbito nacional e internacional”*.

4/ Resolución de 6-3-2012 de la Dirección General de Salud Pública y Consumo, el Gobierno de La Rioja, de concesión de número de Registro Sanitario al almacén polivalente de la empresa, sito en C/X (Polígono Industrial La Portalada) 26006, Logroño.

5/ Documento de la propia empresa, de 4-11-2022, descriptivo del lugar y condiciones de almacenamiento y conservación de las mascarillas. La mercantil *J.G.B.H.SL* explica que: (i) *“El almacén ... es ... moderno, bien aislado, por lo que mantiene una tª (temperatura) bastante homogénea durante todo el año, vigilado con cámaras de vigilancia y sistemas de seguridad contra incendios, conectados a la central de alarmas, tanto robo como incendio”*; (ii) El almacén *“dispone de control de plagas y medidas preventivas para evitar vectores, tales como hermetización, sellado de grietas, huecos y desperfectos en instalaciones.”*; (iii) las mascarillas se encuentran almacenadas sobre palets ubicados *“en zona aislada/apartada del resto de los productos del almacén, y alejados de la pared”*; (iv) *“El almacenamiento nunca se realiza sobre el suelo y los palets se colocan de tal manera que se garantiza el FIFO y distanciado de la pared 0,5 metros para facilitar la inspección de plagas; y, (v) los palets “se mantienen identificados con las etiquetas identificativas del proveedor para garantizar la trazabilidad”*.

5. El 15-11-2022, día en que había sido citada la contratista para la práctica de la prueba propuesta y admitida consistente *“en el examen de la mercancía de mascarillas suministradas al SERIS”*, cuatro representantes de la Administración General de la CAR se constituyeron en el lugar y hora indicados (Hospital San Pedro de Logroño, 10 de la mañana), para trasladarse, con los representantes de la empresa, al lugar donde se halla depositada la mercancía.



Sin embargo, como se pone de manifiesto en el “*acta de celebración de prueba*” levantada en esa fecha y lugar por los representantes de la Administración, los representantes de la mercantil “*no acuden*”. De ese modo “*no se puede realizar la visita porque no acudió nadie de la empresa*” (folios 498 y 499 del expediente).

6. Dentro del plazo conferido por el Acuerdo de 4-11-2022, la contratista presentó dos escritos de alegaciones.

Al primer escrito, de 23-11-2022 -al que ya se ha hecho referencia con anterioridad- la mercantil adjuntó un escrito de la entidad *G.L. SL*, que fue la “*empresa de logística y despacho que almacenó y gestionó la entrega de la mercancía al SERIS*”. *G.L.*, en escrito de 22-11-2022, afirma que entre las fechas de llegada de las diferentes partidas de mascarillas al puerto de destino (la más temprana, el 14-4-2020) y las fechas en que fueron retiradas por el comprador (la más tardía, el 27-5-2020) “*durante el tiempo que estuvo la mercancía hasta su retirada del almacén ni SERIS ni nadie en su nombre retiró muestras de ninguno de los envíos depositados.*”

En su segundo escrito, de 25-11-2022, la interesada reitera, en síntesis, sus alegaciones de 24-10-2022, así como su oposición a la devolución de las mercancías.

7. A la vista de todo lo actuado, y de las alegaciones de la contratista, el Servicio de Coordinación Jurídica del SERIS emite el 22-12-2022 una propuesta de resolución en la que la Sra. Instructora del expediente concluye que:

“...nos encontramos ante un evidente incumplimiento del contrato por parte del contratista que no ha llevado a cabo el suministro que debía realizar en virtud del contrato previsto para el suministro de mascarillas FFP2, en plena pandemia de COVID-19, que obligó a realizar una compra por el procedimiento de emergencia, por lo que no existen pliegos, ni garantía, ni contrato antes de la realización de la compra, la cual se llevó a cabo, con la empresa T.P. porque estaba dispuesta a suministrar las mascarillas que necesitaba el Servicio Riojano de Salud, de forma imperiosa y urgente, enviándonos una documentación de mascarillas que no se corresponde con las posteriores entregas, tal y como ya se ha explicado en el expediente, si bien la empresa exigió el pago por adelantado y cuando la mercancía se recibió, y ante las alertas sanitarias que envió el Ministerio, se realizaron los análisis pertinentes que dieron un resultado de NO CUMPLIMIENTO de la normativa sanitaria para que fueran utilizadas como medio de protección, por lo que no han podido utilizarse, quedando a disposición de la empresa para su sustitución o devolución del dinero pagado, a lo cual se OPONE, por lo que se propone la Resolución del contrato”.

Por ello, el Servicio de Coordinación Jurídica propone:

“PRIMERO. RESOLVER el contrato administrativo 15-3-8.01-0022/2020 para la adquisición de material sanitario en el marco de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, realizado mediante tramitación de emergencia, por incumplimiento grave y culpable del contratista, que no ha suministrado el material ofertado, y en su lugar ha remitido mascarillas que no son aptas para su utilización como FFP2.



SEGUNDO. Proceder a la liquidación de daños y perjuicios, con el detalle expuesto en los anexos del documento de incoación de la Resolución del contrato de fecha 6 de octubre de 2022, salvo la cantidad de 3.606,12 euros, del coste de realización de los análisis del CNMP, que se anula por lo anteriormente expuesto, lo que suma un total de 284.361,99 euros.

TERCERO. Solicitar a la empresa T.P. que proceda a la recogida de las mascarillas depositadas en el almacén donde están actualmente depositadas, previa consignación del importe (2.870.000 euros (sin IVA) por la devolución de la mercancía excluyendo las 59.000 mil mascarillas válidas) que asciende a 2.687.100,- euros.

Además, deberá incrementar el importe anterior en concepto de daños y perjuicios, añadiendo los importes que resulten del tiempo transcurrido desde la fecha de dicho calculo hasta que se lleve a cabo la total Resolución del contrato”.

8. El 22-12-2022, el Sr. Gerente del SERIS recaba el preceptivo informe del Servicio Jurídico del Gobierno de La Rioja, acordando la suspensión del plazo para resolver hasta la recepción del informe y comunicándolo así a la interesada el 22-12-2022.

El 18-1-2022, los Servicios Jurídicos emiten su informe, concluyendo, por las razones en él expuestas, que:

“Procede la resolución del contrato por la causa tasada del artículo 211.1.1f) del LCSP, esto es, incumplimiento culpable del suministro ofertado, y puede acordarse aquella con los efectos previstos en el artículo 213 de la misma ley indemnizando al SERIS en la cuantía señalada en la propuesta de resolución sometida a informe”.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente con fecha el 24-1-23 y registrado de entrada en este Consejo el 25-1-2023, la Excm. Sra. Presidenta del Servicio Riojano 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 27-1-2023, 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.

Cuarto

Con posterioridad a la entrada de la petición de dictamen en el Consejo Consultivo de La Rioja, y a solicitud de este Órgano Consultivo, la Consejería de Salud del Gobierno de La Rioja remitió, mediante correo electrónico de 10-3-2023, el documento *Packing List* fechado el 24-4-2020 y relativo a 150.000 mascarillas del fabricante X., así como el documento acreditativo de la notificación a la contratista de los Acuerdos de 4-11-2022.

La Consejería envió también -además de otra documentación que ya había sido enviada con la petición de dictamen- otra adicional: Los diferentes albaranes de entrega de mascarillas correspondientes a los pedidos 2011-6595 y 2011-6707, y un cuadro Excel que pone en relación, para cada partida de mascarilla los datos resultantes de su documento *Packing List* y de su albarán de entrega.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Legislación aplicable al contrato y preceptividad del dictamen del Consejo Consultivo

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, su aprobación y la adjudicación del contrato se dictaron bajo el imperio temporal de la LCSP, que estaba vigente desde el 9 de marzo de 2018 (DF 16ª).

En definitiva, la LCSP es la legislación aplicable al fondo de la cuestión sometida a nuestro dictamen. Y también al procedimiento para el ejercicio de la facultad resolutoria, que fue iniciado en una fecha (6-10-2022) en la que la LCSP continuaba vigente, como lo está en la actualidad.

2. El art. 191.1 LCSP, 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 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, 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, al haber manifestado el contratista su oposición a la resolución del contrato, nuestro dictamen resulta preceptivo en este caso.

Segundo

Consideraciones generales

1. Como resulta de los Antecedentes de Hecho, el Servicio Riojano de Salud y la mercantil *T.P.* celebraron un contrato encaminado a la adquisición por el SERIS de 950.000 mascarillas de protección respiratoria.

Tal vínculo contractual merece la calificación de contrato administrativo de suministro, pues tuvo *“por objeto la adquisición ... de productos o bienes muebles”* (art. 16.1 LCSP).

2. Conforme al art. 189 LCSP, *“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.

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), añadiendo el art. 192.1 LCSP que *“cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incumplido parcialmente la ejecución de las prestaciones definidas en el contrato, la Administración podrá optar, atendidas las circunstancias del caso, por su resolución o por la imposición de las penalidades que, para tales supuestos, se determinen en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo”*.

3. Por otra parte, el art. 211.1.f) LCSP dispone que es causa de resolución de los contratos administrativos *“el incumplimiento de la obligación principal del contrato”*.

Además, conforme al art. 213.3 LCSP, *“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”*.

4. Con las salvedades que luego se indicarán, estas disposiciones generales rigen igualmente en los casos –como el que nos ocupa– en los que el contrato administrativo ha sido objeto de la tramitación de emergencia prevista por el art. 120 LCSP.

Ciertamente, de acuerdo con el art. 120.1 LCSP, *“cuando la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional, se estará”* a un *“régimen excepcional”* que exonera al órgano de contratación de la *“obligación de tramitar expediente de contratación”* y le permite *“ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida”* así como *“contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la presente Ley, incluso el de la existencia de crédito suficiente”*.

Por remisión al art. 120.1 LCSP, el art. 37.1 LCSP dispone que, en los contratos de emergencia, la contratación puede ser incluso verbal, frente a la regla general de la documentación escrita del contrato establecida por los arts. 37 y 153 LCSP.

En particular, el expediente del que trae causa el contrato administrativo de



suministro de cuya resolución se trata, se celebró para la adquisición de equipos de protección individual respiratoria (EPIRs) destinados al Servicio Riojano de Salud, por lo que se acogió al régimen específicamente contemplado -además de por el precitado art. 120 LCSP- por el art. 16 del RD-Ley 7/2020; precepto que, a su vez, al tiempo en el que se acordó la tramitación de emergencia de esta contratación (el 2-4-2020) había sido ya modificado por la DF 6ª del RD-Ley 8/2020, de 17 de marzo y por la DF 2ª del RD-Ley 9/2020, de 27 de marzo.

Pues bien, de conformidad con los apartados 1, 2, 3 y 4 del art. 16 del RD-Ley 7/2020:

“1. La adopción de cualquier tipo de medida directa o indirecta por parte de las entidades del sector público para hacer frente al COVID-19 justificará la necesidad de actuar de manera inmediata, siendo de aplicación el artículo 120 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

2. De acuerdo con la previsión establecida en el párrafo anterior, a todos los contratos que hayan de celebrarse por las entidades del sector público para atender las necesidades derivadas de la protección de las personas y otras medidas adoptadas por el Consejo de Ministros para hacer frente al COVID-19, les resultará de aplicación la tramitación de emergencia. En estos casos, si fuera necesario realizar abonos a cuenta por actuaciones preparatorias a realizar por el contratista, no será de aplicación lo dispuesto respecto a las garantías en la mencionada Ley 9/2017, siendo el órgano de contratación quien determinará tal circunstancia en función de la naturaleza de la prestación a contratar y la posibilidad de satisfacer la necesidad por otras vías. De la justificación de la decisión adoptada deberá dejarse constancia en el expediente.”

3. El libramiento de los fondos necesarios para hacer frente a los gastos que genere la adopción de medidas para la protección de la salud de las personas frente al COVID-19 podrá realizarse a justificar.

4. (...) Cuando fuera imprescindible de acuerdo con la situación del mercado y el tráfico comercial del Estado en el que la contratación se lleve a cabo, podrán realizarse la totalidad o parte de los pagos con anterioridad a la realización de la prestación por el contratista, en la forma prevista en el apartado 2. El riesgo de quebranto que pudiera derivarse de estas operaciones será asumido por el presupuesto del Estado”.

Sea como fuere, y como ha quedado dicho, las excepcionalidades de este régimen de contratación (inexistencia de la obligación de tramitar un expediente de contratación, posibilidad de adjudicación libre del contrato, posibilidad de realizar el pago del precio con anterioridad a la recepción de la prestación), se entienden sin perjuicio de lo dispuesto por el apartado 1.d) del propio art. 120 LCSP, conforme al cual:

“d) Ejecutadas las actuaciones objeto de este régimen excepcional, se observará lo dispuesto en esta Ley sobre cumplimiento de los contratos, recepción y liquidación de la prestación”.



Tercero

Concurrencia, en este caso, de una causa de resolución

Proyectando estas consideraciones al caso presente, es claro, a juicio de este Consejo, que el contrato de suministro analizado debe ser objeto de resolución, al concurrir la causa prevista por el art. 211.1.f) LCSP, el incumplimiento culpable por el contratista de la obligación principal del contrato.

Al efecto, resulta preciso confrontar la *prestación contratada* el 2-4-2020 (el objeto del contrato de suministro) con la *prestación efectivamente ejecutada* (el resultado de la conducta efectivamente observada por el contratista).

1. La prestación acordada

Para determinar cuál fue el objeto del contrato, esto es, la *prestación acordada entre las partes*, es preciso recordar que la Resolución de 2-4-2020 de la Gerencia del SERIS (que declaró la tramitación de emergencia de dicho contrato y lo adjudicó a *T.P.*, adquiriendo de ésta 950.000 mascarillas por importe de 2.870.000 euros más IVA) había venido precedida de una oferta dirigida, pocos días antes (el 29-3-2020), por la propia mercantil al Servicio Riojano de Salud, mediante un correo electrónico.

Según resulta de la documentación incorporada al expediente remitido, en dicho correo de 29-3-2020, la mercantil, a través de su Director Comercial indicó textualmente que “*estos 2.000.000 de mascarillas FFPS KN95, han pasado ya la aduana en China y están para ser cargadas hoy mismo, precio 2,50 euros unidad*”. A ese correo se adjuntó documentación indicativa de que “*estos 2.000.000 de mascarillas*” que se estaban ofreciendo lo eran de un determinado fabricante (Z.), y respondían a unas determinadas características técnicas, entre ellas el hallarse conformes con los requerimientos de la norma europea “*EN: 149:2001 + A1:2009*”, pues así lo certificaba la entidad I. en documento, de 24-3-2020, también acompañado al correo de 29-3-2020. En fin, la documentación incorporaba también fotografías de las mascarillas objeto de ofrecimiento.

Como se señala, cuatro días después, el 2-4-2020, la Gerencia del SERIS, dictó su Resolución de 2-4-2020 adjudicando ese contrato de suministro de 950.000 mascarillas a *T.P.*

Por ello, a la vista de la documentación incorporada al expediente examinado, resulta claro que lo que el contratista se obligó a suministrar al SERIS en virtud del concurso de su oferta y de la aceptación de esa oferta ínsita en el Acuerdo del SERIS 2-4-2020 fue: un determinado número de mascarillas, por precio unitario cierto, de un fabricante identificado, y que habían de cumplir unas concretas prescripciones técnicas (mascarilla tipo FFP2 acordes a los requerimientos sobre capacidad filtrante de partículas establecidos por la normativa



europaea, la Norma técnica *UNE EN 149:2001 + A1:2009*).

2. La prestación efectivamente ejecutada

A) Por lo que hace a la *prestación efectivamente ejecutada*, la documentación aportada por el propio contratista (documentos adjuntos a sus correos electrónico de 21-4-2020, folios 131 y ss) evidencia ya que las mascarillas remitidas en realidad fueron de varios fabricantes (S., U., X. y B.P.), todos ellos distintos al identificado en el correo electrónico de 29-3-2020. Así resulta de los documentos *Packing List* acompañados a dichos correos de 21-4-2020.

B) En este mismo sentido -y como detalladamente explica el Informe del SPRL del SERIS de 8-10-2020 (folios 115 y ss)- el contraste entre las fotografías de las mascarillas ofrecidas por *T.P.* el 29-3-2020 y las entregadas pone de relieve que unas y otras no son iguales, por lo que las mascarillas remitidas al SERIS no se corresponden con la que previamente *T.P.* había ofertado.

C) Además, por los motivos que se exponen en los Informes del SPRL de 8-10-2020 y de la Subdirectora de Contratación del SERIS de 21-12-2020, a la vista de las sospechas existentes sobre algunos certificados de la mercantil ICR expedidos a favor de *T.P.*, y como medida de precaución previa a poner las mascarillas a disposición de sus usuarios finales (recuérdese que se trata de equipos de protección individual respiratoria, EPIRs), el SERIS decidió someter esas mascarillas a los oportunos análisis técnicos, que fueron realizados por un organismo público especializado: el Centro Nacional de Medios de Protección (CNMP), dependiente del Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo y de la Secretaría de Estado de Trabajo y Economía Social.

Esas pruebas (véase, por ejemplo, los folios 109 y ss) tuvieron por objeto comprobar si las mascarillas efectivamente recibidas cumplían con los requisitos, entre otras, de la norma técnica “*UE –EN 149:2001 + A1:2010*”, sobre penetración, tras 3,5 minutos, de material filtrante frente a aerosol de NaCl (cloruro de sodio) en estado de recepción.

De esas pruebas se obtuvo el resultado de que solo 59.000 mascarillas del total suministrado cumplían con las exigencias y umbrales cuantitativos de la citada norma técnica.

A partir de ahí, no parecen necesarios grandes esfuerzos argumentativos para concluir que, en un contrato de suministro de EPIRs, y más aún en el excepcional contexto de pandemia global en el que se celebró ese contrato de suministro, la capacidad de protección que tengan esos equipos es, precisamente, el elemento esencial definitorio de la prestación contractual o, si se quiere expresar en los términos del art. 1266 CC, la “*sustancia de la cosa*” o en todo caso la condición que principalmente dio motivo a celebrarlo. Por otra parte, además de las obligaciones contractuales asumidas por la contratista, pesaban sobre ella los deberes legales establecidos por el art. 41.1-4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos



Laborales, que obliga a los “*suministradores de elementos para la protección de los trabajadores*” a “*asegurar la efectividad de los mismos, siempre que sean instalados y usados en las condiciones y de la forma recomendada por ellos*” y a “*suministrar la información que indique el tipo de riesgo al que van dirigidos, el nivel de protección frente al mismo y la forma correcta de su uso y mantenimiento*”.

Repárese en el hecho de que esos EPIRs se adquirieron con la finalidad de proteger la salud de sus usuarios finales frente a una enfermedad de transmisión respiratoria como el COVID-19. Desde esta óptica, lo que justificó la celebración por el SERIS de un contrato dirigido al suministro de esos EPIRs fue la obtención de productos que garantizaran a sus usuarios un determinado nivel de protección. Nivel, cabe añadir aquí, que es el definido por una concreta norma técnica que había sido precisada en su oferta por la propia mercantil (UNE EN 149:2001 + A1:2009).

En estas circunstancias, es claro que, al no cumplir los productos suministrados las condiciones técnicas de protección que habían sido ofrecidas y comprometidas por el contratista, éste incurrió en un incumplimiento de la obligación principal del contrato y, por tanto, en la causa resolutoria del art. 211.1.f) LCSP'11. Y ello, por más que ese incumplimiento no haya sido total, dado que una pequeña parte de los suministros realizados (59.000 de un total de 950.000 mascarillas, un 6,21 %) sí cumpliera tales requerimientos técnicos.

D) En sus diferentes escritos de alegaciones (8-3-2022, 24-10-2022 o 25-11-2022) el contratista se ha centrado en sostener que “*la certificación de aplicación no es la norma UNE EN 149:2001 + A1:2009, sino la GB2626 vigente en china en el momento de la fabricación...*” y que “*para que el resultado sea determinante las mascarillas habrán de ser sometidas a los métodos de análisis y ensayos que sean adecuados al tipo de mascarilla suministrada esto es la GB2626 y consta que la norma técnica aplicable en los ensayos es la UNE EN 149:2001 + A1:2010, no siendo la adecuada según la tipología de mascarilla*”. (folio 420 del expediente).

Sin embargo, este argumento no puede aceptarse pues, como se señala, lo que determina el contenido de la prestación es su propia oferta (aceptada por el SERIS) de entregar mascarillas que cumplieran los requisitos técnicos de la norma *UNE EN 149:2001 + A1:2009*, a la que expresamente aludió en su correo de 29-3-2020, en la documentación a él adjunta.

Por lo demás, y si bien es cierto que la norma técnica a la que se refieren los ensayos es la *UNE EN 149:2001 + A1:2010*, el contratista no ha alegado ni acreditado que entre una norma técnica (UNE...2010) y otra (UNE...2009) exista ninguna diferencia relevante a estos efectos, diferencia que tampoco ha concretado. Si bien se observa, el planteamiento de la contratista es otro, pues no ha afirmado que las mascarillas cumplieran las exigencias de la norma técnica *UNE EN 149:2001+A1:2009* o de la *UNE EN 149:2001+A1:2010*, sino que



ha intentado argumentar que no tenían por qué cumplir tales exigencias.

Yendo más allá, la contratista, en el seno del procedimiento resolutorio iniciado el 6-10-2022 ya era conocedora de que las mascarillas habían sido sometidas a ensayos técnicos en los que el CNMP comprobó el cumplimiento de la norma *UNE EN 149:2001+A1:2010*. En este escenario, lo lógico es que hubiera solicitado la práctica de prueba consistente en analizar su ajustamiento a la norma *UNE EN 149:2001+A1:2009*, algo que no hizo, como a buen seguro hubiera hecho si hubiera estado seguro de que las mascarillas cumplían tal norma técnica. Sin embargo, no propuso tal medio de prueba, sino que interesó la práctica de una prueba pericial consistente en que por el CNMP se realizasen “*las pruebas de ensayo aplicando el método de ensayo previsto en la normativa de certificación GB2626-2006* (en tal sentido, página 9 de su escrito de alegaciones de 24-10-2022). Prueba pericial que, en todo caso, tampoco ha sido aportada por la contratista.

E) Como expone el Informe del SPRL de 8-10-2020 (folios 119 y 120), la contratista remitió al SERIS un informe de 24-4-2020, emitido por la entidad SGS, de verificación de una partida de mascarillas B.P. (B.P.), que obra a los folios 277 y ss. Sin embargo, además de que tal análisis de 24-4-2020 se refiere a un único fabricante (B.P.) el referido Informe de 8-10-2020 apunta a una falta de identidad entre esas mascarillas y las recibidas por el SERIS, que no ha sido objeto de prueba en contrario por la mercantil interesada. Según el informe de 8-10-2020:

“Aportan la primera página del test del propio fabricante, pero no la del test del laboratorio acreditado chino por CNAS (organismo chino de acreditación de laboratorios de ensayos).

Las fotos de la mascarilla en el test del fabricante del que ahora aportan la primera página, no se corresponden con las mascarillas recibidas. Además, las fotos de las mascarillas en el certificado del Laboratorio chino no se corresponden tampoco ni con las mascarillas recibidas en el SERIS, ni con las mascarillas que aparecen en la foto del informe de ensayo del fabricante”.

F) En fin, a la vista del material probatorio que resulta del expediente enviado a este Consejo Consultivo, y sin perjuicio de la prueba que pueda practicarse en otras instancias, lo cierto es que no puede tenerse por cumplido adecuadamente por el contratista el referido contrato de suministro, y que tal incumplimiento debe conducir a la resolución del contrato, conforme al art. 211.1.f) LCSP.



Cuarto

Análisis de otras alegaciones del contratista

En sus diferentes escritos, la interesada ha formulado varias alegaciones que han sido detenidamente analizadas por la Propuesta de Resolución de 22-12-2022, a la que, en aras a la brevedad, nos remitimos.

No obstante, el Consejo considera oportuno realizar las consideraciones adicionales que siguen.

1. La mercantil señala en su escrito de 24-10-2022 que *“la mercancía sobre la que ahora versa el requerimiento fue decepcionado por el servicio a su plena conformidad”*, por lo que *“no podemos admitir la indemnización de daños y perjuicios que se interesa como daños comerciales en el presente procedimiento”*.

Efectivamente, el 1-6-2020, la Sra. Directora de Recursos Económicos del SERIS, suscribió un documento denominado *“acta de recepción”*, expresivo de que tal documento se firmaba *“para hacer constar formalmente que el suministro que se detalla ha sido recibido de conformidad para la tramitación de emergencia de la adquisición de equipamiento para el Hospital San Pedro en el marco de la crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19”*. Dicho documento describió sucintamente el producto suministrado reseñando la mención *“mascarilla FFP2 KN95”*, el número de mascarillas recibidas (200.000 y 750.000), el precio unitario de cada una y el precio total.

Esto no obstante, muy pocos días después, mediante un *“Requerimiento”* de 15-6-2020 -dirigido a la mercantil por correo postal, y puesto a su disposición por comunicación electrónica- la propia Dirección de Recursos Económicos del SERIS intimó a la contratista, para que, a la vista del resultado de las pruebas a que habían sido sometidas las mascarillas y *“ante esta situación de irregularidad”* procediera a la *“subsanción de los materiales defectuosos o bien a la devolución de la mercancía con el correspondiente abono del importe pagado por el Servicio Riojano de Salud”* en el *“plazo de 15 días desde la recepción de la presente notificación”*.

Por razón de las fechas en que se realizaron los diferentes ensayos, para el 1-6-2020 el SERIS ya tenía conocimiento de que las primeras pruebas a que hasta esa fecha habían sido sometidas las mascarillas estaban arrojando resultados mayoritariamente desfavorables. Por ello, el SERIS, con arreglo al art. 304.2 LCSP debería haber hecho constar esta circunstancia en el *“acta de recepción”*.

Ahora bien, analizado globalmente el comportamiento del SERIS, y a la vista de que, en fechas casi inmediatas al 1-6-2020, requirió a la contratista para subsanar los defectos



advertidos, lo cierto es que -más allá de un examen aislado del contenido del documento de 1-6-2020- el SERIS acabó actuando como indica el citado precepto, pues dirigió “*las instrucciones precisas al contratista para que subsane los defectos observados o proceda a un nuevo suministro de conformidad con lo pactado*”. Requerimiento, por cierto, que reiteró el 28-10-2020.

Por otra parte, *T.P.* tuvo pleno conocimiento de ese primer requerimiento de 15-6-2020, pues, al menos el 30-6-2020 remitió al SERIS un correo electrónico con un informe de verificación de una partida de mascarillas (folio 275 del expediente), lo que obliga a concluir que era consciente de que el SERIS albergaba serios reparos sobre las mascarillas recibidas. Circunstancia de la que, además, ya tenía noticia desde hacía semanas, como evidencia el contenido de los correos de 21-4-2020 a que ya se ha hecho referencia.

En suma, a la vista del modo en que se desarrollaron las relaciones entre las dos partes en las semanas siguientes a la entrega de las mascarillas suministradas, no puede atribuirse al documento de 1-6-2020 la eficacia de enervar la posibilidad de establecer una indemnización por daños y perjuicios si, como aquí sucede, concurre una causa de resolución contractual que obliga a la Administración contratante a poner en juego lo que es, en definitiva, una potestad, la resolutoria, que el Ordenamiento Jurídico confiere a la Administración.

2. En sus alegaciones, *T.P.* sugiere que la mercancía podría haber sufrido un deterioro durante el tiempo en el que ha estado depositada en el almacén industrial contratado por el SERIS. Sin embargo, no existe prueba alguna de tal deterioro, y menos aún de que haya sido tal pretendido deterioro el causante de que las mascarillas suministradas no superaran las pruebas técnicas a que fueron sometidas. Más bien al contrario, a través de las manifestaciones de *J.G.B.H.SL* existe cuando menos un principio de prueba de que el almacén de la empresa contratada por el SERIS (titular de un distintivo ISO9001) garantiza la adecuada conservación de los EPIRs.

Cabe observar, por lo demás, que las muestras de las mascarillas fueron remitidas al CNMP en fechas muy próximas a aquellas en que pasaron a poder del SERIS (véase, por ejemplo, folio 314) por lo que difícilmente habrían podido sufrir en tan poco lapso de tiempo daños de tal entidad que hicieran que unas mascarillas en su origen válidas dejaran de serlo.

Al respecto, si se acepta como una hipótesis verosímil que las mascarillas han podido sufrir daños en el almacén contratado por el SERIS también habría de aceptarse la posibilidad de que los hayan padecido en los almacenes de los fabricantes, en el de la empresa *G.L.* o en el medio de transporte empleado para hacerlas llegar a España, extremos sobre los que -a diferencia con lo que sucede con el almacén de *J.G.B.H.*- no se ha practicado ni propuesto ninguna prueba.



Para concluir, ha de reseñarse que la mercantil, a pesar de haber sido citada al efecto, no compareció el 15-11-2022 para examinar por sí misma las condiciones de conservación de las mascarillas en el almacén contratado por el SERIS.

3. El contratista ha aportado también un documento de la mercantil *G.L. SL*, fechado el 22-11-2022, que afirma que *“durante el tiempo que estuvo la mercancía hasta su retirada del almacén ni Seris ni nadie en su nombre retiró muestras de ninguno de los envíos depositados”*.

Esta circunstancia se explica por los motivos que expone el informe de 6-11-2020 del Sr. Director de Recursos Económicos y Relaciones Laborales del SERIS, según el cual la remisión al CNMP de muestras de las mascarillas se realizó *“a medida que el SERIS recibía mascarillas”* (folio 55), esto es, a partir del momento en que su propio transportista las retiraba del almacén de *G.L.* y las entregaba al SERIS. En parecido sentido se expresa el informe de 21-12-2020 de la Sra. Subdirectora de Contratación (folio 314).

Quinto

Efectos de la resolución. La indemnización de daños y perjuicio

1. Efectos de la resolución del contrato. La resolución del contrato ha de producir los efectos indicados en la Propuesta de Resolución de 22-12-2022, que son, en definitiva, los propios de la restitución de las prestaciones intercambiadas en virtud del contrato. Ello supone, por un lado, que la contratista ha de retirar a su costa la parte de los productos entregados que no cumple las condiciones ofrecidas; y, por otro, que ha de devolver al SERIS, correlativamente, la parte del precio correspondiente a esos productos defectuosos.

Según la Propuesta de Resolución, la proporción correspondiente a esos productos asciende (IVA excluido) a 2.687.100 euros. Sin embargo, salvo error de cálculo por nuestra parte, las 59.000 mascarillas válidas suponen, respecto del total de 950.000 contratadas, el 6,21 %. Por ello, la proporción del precio correspondiente a las mascarillas no válidas (93,79%) se eleva, sobre un total sin IVA de 2.870.000 euros, a 2.691.758 euros.

2. La indemnización de daños y perjuicios

A) De acuerdo con el art. 213.3 LCSP, *“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”*.

En este caso, al haberse tramitado la contratación por la vía de emergencia del art. 120 LCSP, el contratista no prestó garantía alguna.



B) El presupuesto exigido por el art. 213.3 LCSP para que la Administración tenga derecho a ser resarcida de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento contractual es el “*incumplimiento culpable del contratista*”.

En el presente supuesto la prueba documental obrante en el expediente que se nos ha remitido sí permite inferir la existencia de ese comportamiento culpable. Al respecto, deben tomarse como punto de partida dos constataciones básicas. La primera, que la mercantil comunicó al SERIS el 29-3-2020 que disponía de “*estos 2.000.000 de mascarillas*”. La segunda, que no entregó mascarillas del fabricante y de la calidad ofrecidos.

A partir de ahí, cabe imaginar dos hipótesis.

1/ *Una*, que ese 29-3-2020 la mercantil sí dispusiera ya en firme de las mascarillas ofertadas, pero decidiera, sobrevenidamente, entregar al SERIS otras distintas, en cuyo caso, habría incumplido el contrato por su estricta voluntad.

2/ *Otra*, que en esa fecha 29-3-2020 no dispusiera en firme de tales EPIs sino que adquiriera después otros diferentes para entregárselos al SERIS, en cuyo caso, además de haber incumplido lo ofrecido, habría transmitido previamente al SERIS una información que no se correspondía exactamente con la realidad.

En relación con este segundo escenario, cabe imaginar también –siempre en términos hipotéticos- que tal vez *T.P.* contara con la posibilidad de adquirir esos bienes de un tercero para luego suministrárselos al SERIS y que esa posibilidad se hubiera visto finalmente frustrada por causa de ese tercero. Pues bien, el supuesto incumplimiento de ese tercero podrá desplegar las consecuencias oportunas en el seno de la relación *interna* que le vincule con *T.P.*, pero constituye una circunstancia enteramente irrelevante para el SERIS, cuya contraparte no es otra que *T.P.*, entidad que fue quien se obligó para con él.

Por tanto, en cualquiera de los escenarios descritos, la conducta incumplidora de *T.P.* ha de ser calificada como culpable a los efectos del art. 213.3 LCSP.

Naturalmente, estas consideraciones se realizan sobre la base del material probatorio incorporado al expediente que se nos ha remitido, y a reserva de otros medios de prueba que pudieran llegar a aportarse.

C) Establecido que el SERIS sí ha de verse indemnizado por los daños y perjuicios ocasionados, los *conceptos* indemnizables al SERIS son los que se identifican en el Acuerdo de 6-10-2022, iniciador del procedimiento resolutorio: gastos por alquiler de la nave industrial donde están depositadas las mercancías; gastos correspondientes al despacho aduanero de las



mercancías; y gastos inherentes a la realización de los análisis técnicos del CNMP.

Esos conceptos indemnizatorios pueden considerarse razonables, pues obedecen a desembolsos que el SERIS no habría hecho de no haber mediado un vínculo contractual con T.P., dirigido a la adquisición de unos suministros válidos.

D) Ahora bien, esto dicho, este Consejo no puede pronunciarse sobre la corrección de las cuantías o importes afirmados por cada uno de esos conceptos dado que, como ha advertido la mercantil en sus alegaciones de 24-10-2022 y 25-11-2022, no constan en el expediente resolutorio los documentos (facturas, documentos contables y transferencias bancarias) acreditativos de que, efectivamente, la Consejería de Salud se ha visto obligada a realizar gastos por esas cuantías y por los motivos indicados; prueba cuya aportación e incorporación al expediente –que ha sido solicitada por la interesada- corresponde a la Consejería actuante.

E) Por otra parte, cualquier cálculo relativo a la indemnización de daños y perjuicios ha de corregirse para descontar de él la proporción correspondiente a las mascarillas válidas (59.000, un 6,21 %, como ya se ha señalado), y, además, tomar como referencia del cómputo de intereses, en cada caso, el momento en que la Administración haya realizado los gastos de los que deba verse resarcida.

CONCLUSIONES

Primera

Procede la resolución del contrato de suministro objeto de este dictamen por incumplimiento debido a culpa del contratista.

Segunda

La resolución del contrato, además de la extinción del vínculo contractual, ha de entrañar los efectos indicados en el F. Jco. Quinto.

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.

José Ignacio Pérez Sáenz
PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO