

Expediente: 2022/G01_02/000116 Ref.: [REDACTED] Asunto: compra material sanitario Denunciado: [REDACTED]	DIRECCIÓN DE ANÁLISIS E INVESTIGACIÓN
---	--

RESOLUCIÓN DE CONCLUSIÓN DE ACTUACIONES DE INVESTIGACIÓN

Visto el expediente nº 2022/G01_02/000116 instruido con motivo de la denuncia sobre presuntas irregularidades relacionadas con la adquisición y compra de material sanitario por parte de una sociedad mercantil de capital público, y en base a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Denuncia Inicial.

Mediante escrito comunicado a través del Buzón de Denuncias (#966), en fecha 6 de abril de 2022, esta Agencia ha tenido conocimiento de presuntas irregularidades relacionadas con la adquisición y compra de material sanitario por parte de una sociedad mercantil de capital público ([REDACTED]) dependiente de la Administración de la Generalitat Valenciana, a favor de la mercantil [REDACTED]

SEGUNDO. Apertura y Priorización del Expediente.

La denuncia interpuesta ha dado lugar a la apertura por parte de la Agencia del expediente identificado con el número de referencia que consta en el encabezado.

En fecha 16 de junio de 2022, se ordenó la priorización de la tramitación del expediente, por encontrarse ante un supuesto de los establecido en el apartado tercero de la cláusula segunda de la instrucción 1/2019 de la Agencia.

TERCERO.- Actuaciones realizadas para la determinación del análisis la verosimilitud de la denuncia.

Para el estudio de la verosimilitud se ha procedido al análisis y estudio detallado de documentación administrativa, así como de información obtenida a través de fuentes abiertas.

En fecha 20 de junio de 2022 de se dictó requerimiento de documentación a la persona alertadora con el fin de constatar la veracidad de las informaciones contenidas en el documento de la denuncia.

En particular, se solicitó:

- 1. Indique si es conocedor de que los artículos y bienes son suministrados a un precio superior al de mercado o si alguna de las personas intervinientes percibe comisiones o cualquier otro tipo de beneficio, económico o no, como consecuencia de la operativa de compras de material descrita en la denuncia, o si pudiera existir conflicto de interés entre la mercantil y el personal de la entidad [REDACTED]
- 2. Aporte a esta Agencia cualquier información adicional al respecto de la realidad de las entregas contratadas, su destino y uso efectivos."

En fecha 13 de septiembre de 2022 de se dictó requerimiento de documentación a la mercantil [REDACTED] con el fin de constatar la veracidad de las informaciones contenidas en el documento de la denuncia.

En particular, se solicitó:

- 1. Documentación o información que permita verificar el encargo a esa mercantil en relación con la adquisición y compra de material sanitario por parte de una sociedad mercantil de capital público [REDACTED] dependiente de la Administración de la Generalitat Valenciana, así como las condiciones y circunstancias en las que se hizo el mismo.
- 2. Documentación o información que permita verificar el coste de adquisición/fabricación para la mercantil de los materiales posteriormente suministrados a la [REDACTED]. Si se trata de mercancías importadas documentación aduanera, deberá aportarse el Documento Unico Administrativo (DUA) de declaración de la importación, y documentación anexa aduanera en su caso (facturación comercial, certificados de origen y circulación, etc...)
- 3. Documentación o información que permita verificar la entrega material de los suministros contratados a la mercantil [REDACTED] (albaranes de entrega, documentación acreditativa de la entrega)

En fecha 22 de septiembre de 2022 se presentó mediante registro de entrada (n.º 2022001192) la información requerida por la mercantil.

CUARTO. Informe previo de verosimilitud.

En fecha 30 de septiembre de 2022, se emite por funcionarios de la Dirección de Análisis e Investigación de esta Agencia el informe previo preceptivo exigido por el art. 12 de la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana, que establece que el inicio de las actuaciones por parte de la Agencia se producirá cuando se haya comprobado la existencia de indicios razonables de veracidad de los hechos o conductas que hayan sido objeto de denuncia o la petición.

QUINTO. Resolución de Inicio de Actuaciones de Investigación.

En fecha 30 de septiembre de 2022 se dictó Resolución n.º 830 de inicio de actuaciones de investigación, cuya notificación consta acreditada en el expediente.

En la citada Resolución, se requería la aportación de la siguiente documentación, cuyo texto literal se transcribe a continuación, y se otorgó un plazo de 10 días hábiles para su remisión:

"- Copia íntegra de los expedientes de contratación adjudicados en las anualidades 2020 a 2022 a la mercantil [REDACTED]"

Dichos expedientes deberán contener:

- 1. Las comunicaciones realizadas con los proveedores solicitando ofertas.*
- 2. Los presupuestos u ofertas presentados por los proveedores*
- 3. Las facturas emitidas/recibidas por el adjudicatario.*
- 4. Los pagos realizados al adjudicatario.*
- 5. Los justificantes que acrediten la real y efectiva recepción de las mercancías por la [REDACTED]*
- 6. Identificación de la persona física responsable de la solicitud de las ofertas y de la comprobación de que el precio ofertado es conforme al valor de mercado de los bienes.*

- Informe sobre la conformidad de los productos suministrados al documento técnico denominado "Equipos de protección individual frente COVID-19: mascarillas no conformes", elaborado por el INVASSAT."

En fecha 14 de octubre de 2022 tuvo entrada, con el número 2022001291, escrito de la [REDACTED] en el que se aporta la documentación requerida.

SEXTO.- Otras Actuaciones de Investigación.

A) En fecha 24 de noviembre de 2022, se requería la aportación de la siguiente documentación, cuyo texto literal se transcribe a continuación, y se otorgó un plazo de 10 días hábiles para su remisión:

"1. Informe de aclaraciones sobre los anteriores extremos puestos de manifiesto tras el análisis de la documentación aportada por la mercantil [REDACTED] y la [REDACTED] a saber:

(a) Justificación de porque [REDACTED] no aceptó el presupuesto n.º 4, de fecha 23-03-20, para la adquisición de 350.000 mascarillas a precio unitario de 1,68 € (i.e.).

(b) Justificación de porque el presupuesto inicial n.º 4, de 23-03-20, para la adquisición de 350.000 mascarillas fue posteriormente fraccionado en dos presupuestos (n.º 8, de 27-03-20, para 204.000 mascarillas y n.º 7, de 13-04-20, para 146.000 mascarillas).

(c) Justificación de porque el importe unitario contemplado en el presupuesto inicial n.º 4 (1,68 €/ud) fue incrementado hasta los 1,82 €/ud en el presupuesto n.º 8, de 27-03-20, y hasta los 1,98 €/ud en el presupuesto n.º 7, de 13-04-20, considerando que el mismo no puede deberse a fluctuaciones del mercado, tras constatar que la empresa [REDACTED] adquirió 1.891.200 unidades en China, entre el 30 de marzo de 2020 y el 28 de abril de 2020, a importes fijados entre 1,02\$ y 1,03\$ (al cambio aproximado de 1,12 €), márgenes comerciales de entre el 50% y el 62,5%.

(d) Justificación de porque [REDACTED] renunció a la aplicación de las condiciones establecidas en el presupuesto n.º 4, siendo que el presupuesto n.º 8 habría sido, presuntamente, elaborado dentro del periodo de validez del primero (diez días a contar desde el 23-03-20). En particular, la resolución de

adjudicación de la primera adquisición de mascarillas (204.000 uds) está fechada dentro del periodo de validez del presupuesto n.º 4.

(e) Justificación de porque el presupuesto n.º 7 (fecha 13-04-20) es posterior en el tiempo al presupuesto n.º 8 (fecha 27-03-20)."

En fecha 12 de diciembre de 2022 tuvo entrada, con el número 2022001572, escrito de la [REDACTED] en el que se aporta la documentación requerida.

B) En fecha 22 de diciembre de 2022, se requería la aportación de la siguiente documentación, cuyo texto literal se transcribe a continuación, y se otorgó un plazo de 10 días hábiles para su remisión:

"1. Copia de los correos electrónicos o comunicaciones intercambiados con la [REDACTED] para justificar los incrementos en el precio unitario de las mascarillas contratadas:

- a) De 1,68 € a 1,82 €, en marzo de 2020, y*
- b) De 1,82 € a 1,98 €, en abril de 2020.*

2. Documentación o información que permita verificar la realidad de los incrementos de precios anteriormente referenciados."

En fecha 2 de enero de 2023 tuvo entrada, con el número 2023000004, escrito de la empresa, en el que se aporta la documentación requerida.

SÉPTIMO.- Informe Provisional.

En fecha 6 de febrero de 2023 se emitió informe provisional por los funcionarios de la Agencia.

Dicho informe provisional fue notificado en fecha 14 de febrero de 2023 a la entidad investigada.

OCTAVO.- Trámite de Audiencia.

Tras el informe provisional se concedió trámite de audiencia por un plazo de **10 días hábiles** a contar desde la recepción del informe para que las entidades afectadas pudieran formular las alegaciones oportunas ante la Dirección de Análisis e Investigación de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana.

En fecha 24 de febrero de 2023 ha tenido entrada en el Registro General Electrónico de esta Agencia con el n.º 2023000188, escrito de alegaciones de la [REDACTED]

NOVENO.- Informe Final de Investigación.

En fecha 16 de marzo de 2023 se emitió informe final de investigación por funcionarios de la Agencia.

ANÁLISIS DE LOS HECHOS

De las actuaciones de análisis e investigación desarrolladas por esta Agencia y plasmadas en el cuerpo del Informe Provisional se dedujeron los siguientes hechos y conclusiones, sobre los que los interesados han realizado las alegaciones que se detallan a continuación:

PRIMERO.- Análisis de los hechos puestos de manifiesto en la denuncia.

Debe señalarse, que los hechos que se denuncian son presuntas irregularidades relacionadas con la adquisición y compra de material sanitario por parte de una sociedad mercantil de capital público [REDACTED] dependiente de la Administración de la Generalitat Valenciana, a favor de la mercantil [REDACTED]

En concreto, se denunciaban las siguientes irregularidades:

1. La existencia de presuntas irregularidades en relación con la adquisición de material sanitario (mascarillas) por parte de la [REDACTED] a la mercantil [REDACTED]

Al respecto del anterior, se manifiesta:

"(...) La primera constancia de los hechos la recibimos a la vez que se publica el informe del Plan de Auditorías Anual de la GV, que junto a una noticia del periódico Las Provincias escrita por la periodista M. Hortelano el lunes 16 de agosto de 2021, (<https://www.lasprovincias.es/politica/intervencionenmienda-totalidad-20210815202336-nt.html>) que entre otros temas habla de la compra de las mascarillas. En ambos, noticia e informe, se habla de contratos realizados con riesgo de fraccionamiento (según el informe de la auditoría este tema ya se avisaba en la auditoría del ejercicio anterior) y contratos menores a un mismo adjudicatario que en suma es superior al permitido en contratación menor.

Buscando y mirando en la web de transparencia de la [REDACTED] cuando por fin la crearon, encontramos las adjudicaciones que se adjunta en el Anexo II. En ellos se observa 3 compras realizadas a la empresa [REDACTED], por 449.248,8€, 349.786,8€, 488.743,2€, que hacen un total de 1.287.778,8€, en los documentos todas en la fecha del 15/06/21 pero en las Resoluciones de compra por parte de la [REDACTED] se hacen en fechas de Marzo, Abril y Mayo pero con unos 15 días más o menos de diferencia entre ellas. Esta empresa está situada en el municipio de [REDACTED]. Esta empresa ha fletado aviones desde China para la compra de mascarillas KN95, dotando al Servicio de Bomberos Forestales una cantidad ingente de mascarillas KN95 (...).

— *Conclusión:*

*A raíz de los hechos expuestos, **creemos que se ha fraccionado intencionadamente la compra de las mascarillas** en un momento de grave situación social y sanitaria del país como ha sido la pandemia **para favorecer a la empresa [REDACTED]** a través de la mercantil valenciana [REDACTED] saltándose todos los cauces legales sobre adjudicaciones."*

2. La adquisición de material sanitario (mascarillas) no conformes o no adecuadas para la protección de las personas, de conformidad con las normas técnicas que son de aplicación:

Al respecto del anterior, se manifiesta:

(...) Por otra parte, ante esta situación de seguir con mascarillas KN95 en el SBBFF choca frontalmente contra el final de la resolución que el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo dictó el 23 de abril en la que se autorizaba la comercialización de forma «temporal» de determinadas mascarillas aunque los procedimientos de evaluación de la conformidad, incluida la colocación del mercado CE, no se hubieran efectuado completamente según las normas armonizadas, con fecha límite el 31 de diciembre de 2020.

Posteriormente en la alerta del Invassat de 15 de enero de 2021, Equipos de protección individual contra el Covid-19 de mascarillas no conformes, en el listado de Mascarillas no conformes notificadas y publicadas por organismos oficiales, se hace referencia a las mascarillas tipo KN95.

(...)"

Se adjuntaban un total de 3 archivos a la denuncia, a saber:

- "001.1. (...)", que contiene una redacción de los hechos denunciados en términos análogos a los transcritos en los párrafos anteriores.
- "001.2. (...)", que contiene impresiones digitales de la Plataforma de Contratos del Sector Público con enlaces a la documentación que habría integrado los procedimientos de contratación denunciados.
- "001.3. (...)", que contiene copias escaneadas de las resoluciones de adjudicación de las tres contrataciones denunciadas.

SEGUNDO.- Información obtenida en la Fase de Análisis.

A la vista de las anteriores manifestaciones, esta Agencia procedió a solicitar la información en los requerimientos referenciados en el antecedente de hecho tercero del presente informe.

En fecha 22 de septiembre de 2022 se presentó mediante registro de entrada (n.º 2022001192) la información requerida a la mercantil [REDACTED]

De la documentación analizada, aportada por la persona alertadora, la mercantil, así como la obtenida en fuentes abiertas y bases de datos de que dispone esta Agencia, se constataron los siguientes hechos:

1º) Al respecto de la existencia de presuntas irregularidades en relación con la adquisición de material sanitario (mascarillas) por parte de la [REDACTED] a la mercantil [REDACTED]

Se comprobó que, efectivamente, existen tres contrataciones realizadas por la [REDACTED] a la mercantil [REDACTED] cercanas en el tiempo y de análogo objeto, tal y como se deduce de los datos recopilados en la siguiente tabla:

ADJUDICACIÓN	FECHA	OBJETO	CANTIDAD	PRECIO/UD	TOTAL
RESOLUCIÓN DE 31 DE MARZO DE 2020	31/03/2020	MASCARILLAS FFP2	204.000	2,20 €	449.248,80 €
RESOLUCIÓN DE 16 DE ABRIL DE 2020	16/04/2020	MASCARILLAS FFP2	146.000	2,40 €	349.786,80 €

RESOLUCIÓN DE 1 DE MAYO DE 2020	01/05/2020	MASCARILLAS FFP2	204.000	2,40 €	488.743,20 €
			554.000		1.287.778,80 €

Se hizo constar que, por esta Agencia:

- Se desconocían los motivos concretos por los que la ██████ realizó tres contrataciones consecutivas en el tiempo y no una única contratación global para la totalidad del suministro.
- Se desconocían los motivos en base a los que la ██████ adquirió los bienes suministrados a los precios indicados, en los que se deduce un aumento del precio, cuantificado en 20 céntimos de euro por mascarilla, entre la compra fechada el 31 de marzo de 2020 y la compra posterior, fechada 15 días más tarde, el 16 de abril de 2020, y si dichos precios corresponden a precios de mercado.
- Se desconocían si los bienes suministrados y facturados fueron realmente entregados a la posesión de la adquirente, la ██████

2º) Al respecto de la adquisición de material sanitario (mascarillas) no conformes o no adecuadas para la protección de las personas, de conformidad con las normas técnicas que son de aplicación.

Se comprobó que en el documento técnico denominado "Equipos de protección individual frente COVID-19: mascarillas no conformes", elaborado por el INVASSAT, constan múltiples menciones a mascarillas tipo KN95, clasificadas como no conformes para la evitación del riesgo de contagio por COVID-19.

Se hizo constar que, por esta Agencia:

- Se desconocía la identificación completa de los productos adquiridos a la mercantil ██████ y si la adquirente, ██████ procedió a comprobar la conformidad de los mismos a las especificaciones técnicas.

De los hechos referidos, se comprobó la existencia de indicios razonables de verosimilitud en la denuncia formulada, acordándose el inicio de la fase de investigación.

QUINTO.- Información obtenida en Fase de Investigación.

En fecha 30 de septiembre de 2022 se dictó Resolución n.º 830 de inicio de actuaciones de investigación, cuya notificación consta acreditada en el expediente.

En la citada Resolución, se requería la aportación de la documentación que consta en el Antecedente Quinto, y se otorgó un plazo de 10 días hábiles para su remisión.

En fecha 14 de octubre de 2022 tuvo entrada, con el número 2022001291, escrito de la ██████ en el que se aporta la documentación requerida.

Entre la documentación aportada, se halla la siguiente:

a) Escrito de manifestaciones del Sr. BOG, Director ejecutivo de la [REDACTED] en el que se hace constar:

"La información que se solicita con respecto a la compra de material sanitario, EPIs, por la Sociedad Valenciana de Gestión Integral de Servicios de Emergencias, durante el inicio de la pandemia a principios de 2020, se adjunta la documentación existente con respecto a la misma.

Igualmente, y con el fin de complementar la correspondiente información, manifestar:

En primer lugar, hay que situarse en el contexto del momento en que se produce dichas compras, es conocido por todos, que se trataba de una situación de pandemia mundial, causada por un virus desconocido hasta el momento, y que provocó que todos los países, intentaran proteger a su población, especialmente a los más vulnerables y al personal que trabajaban en los denominados sectores esenciales para poder hacer frente a una emergencia, como es el caso del Servicio de Bomberos Forestales de la Generalitat Valenciana, que desde el minuto uno, estuvieron realizando tareas de entrega de materiales a las residencias de tercera edad, reparto de materiales sanitarios a distintos estamentos municipales, así como desinfecciones en municipios e instalaciones, y un largo etcétera de trabajos relacionados con la lucha contra la pandemia, por lo que era prioritario protegerlos en el desarrollo de las tareas.

En segundo lugar, manifestar, que como consecuencia de lo anterior y ante la alarma generalizada en el conjunto de la población, la adquisición del material sanitario necesario fue muy complicado, ante la falta de estocajes en los proveedores del sector, y la alta demanda de los mismos por parte de las distintas administraciones, empresas y ciudadanía en general, produciéndose claramente una situación de desabastecimiento generalizada y una gran dificultad para su adquisición, y obviamente un aumento de los precios, que hasta ese momento aparecían en los catálogos correspondientes.

Por ello, en un principio, a través de la empresa pública estatal [REDACTED] con la cual tenemos una encomienda de gestión, entre otras cosas, para cuestiones de carácter logístico, se intentó la adquisición de los materiales necesarios para la protección de nuestros trabajadores y trabajadoras, cuestión que les resultaba complicado, ya que padecían lo que estaba sucediendo en el conjunto del Estado (falta de oferta, aumento de precios y dificultad en la obtención del material).

Igualmente, tratamos de obtener dichos EPIs, a través de proveedores del sector, obteniendo escaso éxito, en cuanto a que la demanda era fortísima y no tenían capacidad de servir los pedidos.

No obstante, en los primeros momentos, conseguimos algunas pequeñas cantidades de material, a través de distintos proveedores, pero claramente insuficientes para atender nuestras necesidades.

Por otro lado, los distintos proveedores que conseguíamos contactar nos establecían precios altos a nuestro entender y tampoco garantizaban una entrega inmediata y la cantidad que necesitábamos, y nos exigían entregas a cuenta, algo que nosotros no contemplábamos.

Tampoco sabíamos cuál iba a ser la duración del episodio que estábamos viviendo, por lo que una de nuestras mayores preocupaciones era el conseguir el mayor número de material sanitario, con el fin de ser capaces de proteger a nuestro personal, y realizar las funciones y tareas que nos encomendaran como Servicio público y esencial, mantenidas en el tiempo.

En tercer lugar, en cuanto a las distintas ofertas que nos llegaron en esos primeros meses, otra de nuestras preocupaciones, fue que el material que adquiriéramos fuera compatible con las tareas a realizar (viabilidad, protección, etc.).

De hecho, el propio Gobierno de España, estableció distintas excepciones, tanto en materia de contratación, como de especificaciones técnicas aplicables a mascarillas autofiltrantes, con el fin de facilitar la protección a los trabajadores y trabajadoras, en los primeros meses de la pandemia.

Por ello, nosotros solicitamos los correspondientes certificados a la empresa suministradora y adaptarnos a dichas recomendaciones.

Igualmente, a la vista de las cantidades de material, condiciones de entrega y compra que nos pedían y de los distintos precios que nos ofertaban, la propuesta de [REDACTED] resultaba en ese momento la más conveniente, ya que no nos solicitaban ninguna cantidad a cuenta (normalmente en transacciones exteriores se solicitan hasta un 40% de la misma), el pago se realizaría a la entrega de la mercancía, y el precio final era el más competitivo que nos habían ofertado.

Por último, manifestar, que, en esos momentos de incertidumbre, la empresa estaba en construcción, y no tenía la estructura suficiente administrativa, para hacer frente a dicha situación, dando prioridad a la intervención en apoyo a la población y estableciendo todos los controles posibles, y en cumplimiento de la legalidad, con el fin de lograr la mayor transparencia en la gestión administrativa y la eficiencia en el desarrollo de las funciones y tareas que nos encomendaban.

Por lo que las personas que realizaban la prospección de la disponibilidad de mascarillas en el mercado, así como su valor en ese momento en el mismo, fueron realizadas desde la Gerencia, [REDACTED], y el Coordinador Autonómico, [REDACTED], finalizando el proceso de compra a través de la contratación por motivo de emergencia a propuesta del Presidente de la entidad."

En síntesis, se alega por el Sr. [REDACTED] que:

- Debe analizarse la situación desde el prisma de la coyuntura temporal de la pandemia y de la propia [REDACTED] en construcción.
- Previamente a la contratación de [REDACTED] se intentó la adquisición a través de [REDACTED] y de otros proveedores, que fueron descartados por ofrecer precios elevados y no garantizar cantidades y/o tiempos de entrega.
- Fue seleccionada la oferta de [REDACTED], valorándose aspectos como la cantidad de unidades a suministrar, precio ofertado y tiempos de entrega.

b) Recopilación de Comunicaciones de solicitud de presupuestos material EPI.

Se adjuntan en un archivo .pdf¹, del que se obtiene la siguiente información:

- Correo electrónico del Sr. JPG con personal de la empresa [REDACTED] que muestra oferta de "Mascarillas KN95", con stock de 500.000 unidades, a un precio de 3,2€/ud.
- Correo electrónico del Sr. JPG con personal de la empresa [REDACTED] que muestra oferta de "Mascarillas FFP2", con stock de 200 unidades, a un precio de 5,95€/ud.

¹ 01 Comunicaciones de solicitud de presupuestos material EPI.pdf

- Correo electrónico del Sr. BOG con personal de la empresa [REDACTED] que muestra oferta de "Mascarillas FFP2", con stock hasta fin de existencias, a un precio de 2,19€/ud.

c) Expediente de contratación, mediante tramitación de emergencia, para la compra de 204.000 mascarillas a la mercantil [REDACTED]

Se compone de los siguientes documentos:

1. Modelo "00 Domiciliación bancaria [REDACTED] 01.04.2020"
2. 00.1 certificat banc de sabadell 25.03.2020
3. 01 **Presupuesto n.º 8 de 27.03.2020, que contempla 204.000 unidades de "Mascarillas KN95-FFP2-CE" al precio unitario de 1,82 €.** Siendo el importe total de la factura, IVA incluido, de 449.248,80 €.
4. Resolución con firma manuscrita del Presidente de la [REDACTED] fechada el 31.03.2020, por la que se declara la tramitación de emergencia y ordenar el suministro de 204.000 mascarillas por importe de 449.248,80 €, a la mercantil [REDACTED] **El suministro se iniciaría de forma inmediata desde la notificación a la empresa para la entrega en el menor plazo posible.**
5. 02.1 Autorización [REDACTED] razón de emergencia
6. 03 Albarán [REDACTED] 06.04.2020
7. 04 Factura [REDACTED] 01.04.2020
8. 05 Certificación mascarillas [REDACTED] 06.04.2020
9. 06 Páguese [REDACTED] (M1) 06.04.2020
10. 07 Justificante transferencia abono factura, de 07.04.2020.

d) Expediente de contratación, mediante tramitación de emergencia, para la compra de 146.000 mascarillas a la mercantil [REDACTED]

Se compone de los siguientes documentos:

1. 00 Domiciliación bancaria [REDACTED] 01.04.2020
2. 00.1 certificat banc de sabadell 25.03.2020
3. 01 Presupuesto n.º 7 de fecha 13.04.2020, **que contempla 146.000 unidades de "Mascarillas KN95-FFP2-CE" al precio unitario de 1,98 €.** Siendo el importe total de la factura, IVA incluido, de 349.786,80 €.
4. Correo electrónico, fechado el 15.04.2020, explicativo del "aumento de coste", en la que se hace constar:

"el viernes como tarde tendréis las 146.000 mascarillas. Mañana cuando esté todo preparado te llamará xxx para gestionar la entrega.

El precio de la mascarilla será 1,98€. Ésto es debido a los costes extras de aduanas, y que, con el follón que hay en origen, el avión con el que llegan por Qatar no es de mercancías, por lo que el transporte ha aumentado un 35%.

5. Resolución con firma manuscrita del Presidente de la [REDACTED] fechada el 16.04.2020, por la que se declara la tramitación de emergencia y ordenar el suministro de 146.000 mascarillas por importe de 349.786,80 €, a la mercantil [REDACTED] **El suministro se iniciaría de forma inmediata** desde la notificación a la empresa para la **entrega en el menor plazo posible**.

6. 02.1 Autoriz [REDACTED] adquisición 146.000 16.04.2020

7. 03 Albarán [REDACTED] nº16 16.04.2020

8. 04 Factura M23 registrada 28.04.2020

9. 05 Certificación mascarillas [REDACTED] 28.04.2020

10. 06 Páguese [REDACTED] (M23) 28.04.2020

11. 07 Justificante transferencia abono factura, de 04.05.2020.

e) Expediente de contratación, mediante tramitación de emergencia, para la compra de 204.000 mascarillas a la mercantil [REDACTED]

Se compone de los siguientes documentos:

1. 00 Domiciliación bancaria [REDACTED] 01.04.2020

2. 00.1 certificat banc de sabadell 25.03.2020

3. 01 Presupuesto [REDACTED] n.º 158 de fecha 29.04.2020, **que contempla 204.000 unidades de "Mascarillas KN95-FFP2-CE" al precio unitario de 1,98 €**. Siendo el importe total de la factura, IVA incluido, de 488.743,20 €.

4. Resolución con firma manuscrita del Presidente de la [REDACTED] fechada el 01.05.2020, por la que se declara la tramitación de emergencia y ordenar el suministro de 204.000 mascarillas por importe de 488.743,20 €, a la mercantil [REDACTED] **El suministro se iniciaría de forma inmediata** desde la notificación a la empresa para la **entrega en el menor plazo posible**.

5. 02.1 Autorización razón de emergencia (01-05-2020 - Mascarillas KN95-FFP2)

6. 03 Albarán [REDACTED] nº235 04.05.2020

7. 04 Factura M243 204.000 KN95 05.05.2020

8. 05 Certificación mascarillas [REDACTED] 08.05.2020

9. 06 Páguese [REDACTED] (M23) 08.05.2020

10. 07 Justificante transferencia abono factura, de fecha 12.05.2020.

A la vista de la información obtenida, en fecha 24 de noviembre de 2022, se requería la aportación de la documentación relacionada en el Antecedente de Hecho SEXTO, apartado A).

En fecha 12 de diciembre de 2022 tuvo entrada, con el número 2022001572, escrito de la [REDACTED] en el que se aporta la documentación requerida.

Entre la documentación aportada, se halla la siguiente:

a) Escrito de manifestaciones del Sr. [REDACTED], Presidente de la [REDACTED] en el que se hace constar:

“Mediante escrito comunicado a través de Registro Departamental recibido el 25 de Noviembre de 2022 por parte de Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad Valenciana esta entidad, expide el presente informe Informe de aclaraciones sobre los extremos puestos de manifiesto tras el análisis de la documentación aportada por la mercantil [REDACTED] y la [REDACTED] a saber:

(a) Justificación de porque [REDACTED] no aceptó el presupuesto n.º 4, de fecha 23-03-20, para la adquisición de 350.000 mascarillas a precio unitario de 1,68 € (i.e.).

(b) Justificación de porque el presupuesto inicial n.º 4, de 23-03-20, para la adquisición de 350.000 mascarillas fue posteriormente fraccionado en dos presupuestos (n.º 8, de 27-03-20, para 204.000 mascarillas y n.º 7, de 13-04-20, para 146.000 mascarillas).

(c) Justificación de porque el importe unitario contemplado en el presupuesto inicial n.º 4 (1,68 €/ud) fue incrementado hasta los 1,82 €/ud en el presupuesto n.º 8, de 27-03-20, y hasta los 1,98 €/ud en el presupuesto n.º 7, de 13-04-20, considerando que el mismo no puede deberse a fluctuaciones del mercado, tras constatar que la empresa [REDACTED] adquirió 1.891.200 unidades en China, entre el 30 de marzo de 2020 y el 28 de abril de 2020, a importes fijados entre 1,02\$ y 1,03\$ (al cambio aproximado de 1,12 €), márgenes comerciales de entre el 50% y el 62,5%.

(d) Justificación de porque [REDACTED] renunció a la aplicación de las condiciones establecidas en el presupuesto n.º 4, siendo que el presupuesto n.º 8 habría sido, presuntamente, elaborado dentro del periodo de validez del primero (diez días a contar desde el 23-03-20). En particular, la resolución de adjudicación de la primera adquisición de mascarillas (204.000 uds) está fechada dentro del periodo de validez del presupuesto n.º 4.

(e) Justificación de porque el presupuesto n.º 7 (fecha 13-04-20) es posterior en el tiempo al presupuesto n.º 8 (fecha 27-03-20).

ANTECEDENTES DE HECHO

Con fecha 23 de marzo de 2020, se recibe un primer presupuesto por parte de [REDACTED], para la adquisición de 350.000 mascarillas KN95-FFP2-CE, con el precio de 1,68 € la unidad, con el fin de valorar por nuestra parte la adquisición de estas.

Con fecha 25 de marzo de 2020, se recibe una nueva comunicación de la empresa suministradora, donde nos comunican, que el precio de la mascarilla ha pasado de 1,68 a 1,82 €, debido a los problemas para proceder a su importación, ya que han tenido que fletar aviones directos a España, para evitar el paso por el aeropuerto de Frankfurt, y tener posibles retrasos en aduanas e incluso incautaciones de las mascarillas.

A lo que, por parte de la Entidad, se le solicitó, un escrito, donde manifestaran los motivos del aumento de precio, así como un nuevo presupuesto actualizado.

El nuevo precio propuesto, se mantenía por debajo de las propuestas que habíamos recibido a la fecha, y unido a que los problemas de escasez de suministros continuaban, se aceptó el mismo.

Con fecha 25 de marzo de 2020, se recibe el presupuesto nº 4 modificado.

Con fecha 15 de abril de 2020, se recibe una comunicación de la empresa suministradora, en el sentido de que el último pedido de necesidades de mascarillas que habíamos solicitado (146.000), el coste de las mismas, serán de 1,98 € unidad, el motivo era producido, por los problemas que se estaban produciendo en origen, en cuanto a costes extras de aduana, ya que para poder proceder al envío del pedido con garantías de éxito, lo tendrían que realizar a través de una línea aérea regular de pasajeros, desde Qatar, por lo que el coste del transporte se incrementaba en un 35% al proveedor.

Igualmente, en este caso, el precio se mantenía por debajo y no se le repercutía el aumento de coste señalado, garantizando la entrega de la mercancía.

Manifiesta, por último, en este sentido, de que el aumento de coste fue motivado en ambos casos, por un aumento de los costes logísticos y de transporte, para garantizar la entrega del material solicitado.

Como ya manifestamos anteriormente, la [REDACTED] estaba en proceso de construcción, y no tenía la estructura administrativa suficiente, para hacer frente a dicha situación, ya que los puestos de las Jefaturas de Servicio y Departamentos de Contratación y Asuntos Generales estaban vacantes, dando prioridad a la intervención en apoyo a la población desde el área Operativa, ante la situación tan grave originada por la Pandemia a Nivel Global.

En cuanto a la forma de abono de los distintos pedidos presupuestados, deben tenerse en cuenta las circunstancias de las múltiples situaciones que se estaban produciendo en cuanto a la falta de material suficiente, problemas en los envíos, retrasos en aduanas, paralización e incluso se daban situaciones de requisado de mercancías y por otro lado, que el suministro del material se realizaba conforme se iban fabricando, tal como nos manifestó en una comunicación el proveedor, por lo que, como medida de salvaguarda de los intereses de la [REDACTED] se realizaba la contratación contra entrega de la mercancía.

Se adjunta copia de los correos y documento anteriormente citados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

El artículo 120 de la ley 9/2017, de 8 de noviembre de contratos del Sector Público, que establece que cuando la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro es de aplicación el régimen excepcional de la tramitación de emergencia.

De acuerdo con lo dispuesto en el REAL DECRETO 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaraba el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE nº67, de 14 de marzo de 2020), así como el artículo 34 y la Disposición Final sexta del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

Visto que el Servicio de Bomberos Forestales que gestiona la [REDACTED] [REDACTED] en adelante, [REDACTED] estaba contemplado como servicio esencial el art.32 de La Ley 13/2010 de 23 de noviembre, de la Generalitat, de Protección Civil y Gestión de Emergencias y este está recogido a su vez en el Decreto 41/2020, de 27 de marzo, del Consell, de medidas extraordinarias aplicables a los servicios esenciales de intervención de gestión de la emergencia por la pandemia por Covid-19.

Existía concurrencia de fuerza mayor, dado que la [REDACTED] tenía la obligación de garantizar el desempeño seguro del trabajo de Servicio Bomberos Forestales como servicio esencial de primera intervención y por tanto de facilitarles elementos de protección de manera inmediata para evitar la

propagación y el contagio del Covid-19, y no era posible adquirirlas aplicando las normas y plazos de la contratación ordinarias.

De conformidad con el Acuerdo del Consell de 13 de marzo de 2020 de medidas urgentes en materia de contratación pública a consecuencia de la pandemia por el coronavirus SARS-CoV (Covid-19-) que declaraba la emergencia en los procesos y procedimientos administrativos en materia de contratación pública cuyo objeto esté relacionado con la crisis sanitaria a consecuencia de la pandemia por el coronavirus SARS-CoV (Covid-19)

En conclusión

A la vista de los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho expuestos y dada la imprevisibilidad del suceso acontecido, cuyas circunstancias son de imposible previsión por una administración diligente.

En uso de las atribuciones concedidas en el artículo 12.1 de los Estatutos de la [REDACTED] el Presidente de la [REDACTED] se procedió a declarar la tramitación de emergencia y ordenar los distintos suministros conforme se iban abasteciendo del material sanitario necesario para la prestación del Servicio Público Esencial.”

En síntesis, se alega por el Sr. [REDACTED], Presidente de la [REDACTED] lo siguiente:

- Que el primer presupuesto recibido fue invalidado por un cambio en los aspectos logísticos de la operación que comportaba un aumento del coste unitario del producto.
- Que desde la [REDACTED] se solicitó a la empresa un escrito en el que constara dicha circunstancia, así como un nuevo presupuesto actualizado.
- Este nuevo precio seguía siendo inferior al precio del resto de proveedores consultados.
- Un caso similar ocurrió con el último pedido de mascarillas, que supondría un incremento de costes logísticos del 35%.
- Igualmente, el nuevo precio seguía siendo inferior al precio del resto de proveedores consultados.
- El suministro de materiales se producía a medida que los mismos se iban fabricando, por lo que los contratos siempre se realizaron contra la entrega material de la mercancía.

b) Correo electrónico del Sr. BOG, de fecha 23.03.2020, en el que se hace constar:

“Te paso el presupuesto de las mascarillas que has hablado con xxx.

*Cuando hagas la orden de compra **necesito que no especifiques fecha de entrega** ya que como te ha comentado él, **estamos supeditados al transporte**, puede haber retrasos en aduanas, paralización e incluso requisar la mercancía, y **también necesitamos que aceptéis envíos parciales**, es decir, no os vamos a enviar todas las mascarillas de una vez, sino que las iremos mandando conforme se vayan fabricando. (...)”*

c) Correo electrónico del Sr. [REDACTED], de fecha 25.03.2020, en el que se hace constar:

*“Debido al flete directo de la importación de las mascarillas **hemos tenido que variar el precio de las mismas**. xxx ha pensado en fletar aviones directos para evitar el paso por Frankfurt y tener posibles retrasos en aduanas e incluso incautaciones de las mascarillas.*

Por todo ello te paso una carta justificativa con el aumento de precio que es el gasto ocasionado por el fletado directo de los aviones.

Cualquier duda que tengas puedes ponerte en contacto directamente con él que es el que lleva todo este tema."

d) Documento firmado por el Sr. [REDACTED], en representación de [REDACTED], sin circunstancias de fecha, en el que se hace constar:

"Estimado cliente

Le informamos que debido a que la importación de las mascarillas que se va a realizar con un avión fletado, para evitar el trasbordo en Frankfurt, y así evitar posibles retrasos con aduanas, el precio de la mascarilla modelo KN95-FFP2-CE pasa de ser 1,68 €/ud a 1,82 €/ud.

Este incremento de precio es debido a los gastos aéreos, pero consideramos imprescindible mandar directamente las mascarillas a nuestro país para evitar aduanas y posibles requisamientos de ellas."

A la vista de la información obtenida, en fecha 22 de diciembre de 2022, se requería la aportación de la documentación relacionada en el Antecedente de Hecho SEXTO, apartado B).

En fecha 2 de enero de 2023 tuvo entrada, con el número 2023000004, escrito de la empresa, en el que se aporta la documentación requerida.

Entre la documentación aportada, se halla la siguiente:

1. Copia del Presupuesto n.º 4, de 23.03.20, de suministro de 350.000 mascarillas KN95-FFP2 por importe unitario de 1,82 €.
2. Copia del Presupuesto n.º 158, de 29.04.20, de suministro de 200.000 mascarillas KN95-FFP2 por importe unitario de 1,98 €.
3. Copia del Presupuesto n.º 158, de 29.04.20, de suministro de 204.000 mascarillas KN95-FFP2 por importe unitario de 1,98 €.
4. Copia de la Factura ES00666792, de 11.05.20, emitida por la empresa [REDACTED] con concepto "Flete All In – Charter Completo", e importe 315.000 €.
5. Copia de la Factura ES00667540, de 13.05.20, emitida por la empresa [REDACTED], a [REDACTED], con concepto "Flete", e importe 53.440,88€.
6. Copia de la Factura ES00668159, de 14.05.20, emitida por la empresa [REDACTED] a [REDACTED] con concepto "Flete", e importe 55.275,00€.

SEXTO.- Conclusiones Provisionales

De la totalidad de actuaciones practicadas, se elevaron las siguientes conclusiones provisionales:

1ª.- Respecto a la contratación de empresas cuyo objeto social no está relacionado con el objeto del contrato.

Tras la búsqueda en fuentes abiertas y bases de datos, se constata que el objeto social de la mercantil [REDACTED] es el siguiente:

“Actividad CNAE - 1310 - Preparación e hilado de fibras textiles.

Hilados y tejidos de algodón y mezclas. Confección de prendas vestir. Comercio de aparatos y material radioeléctricos, electrónicos, así como venta de sus elementos. Inmobiliaria. Turismo. Hostelería. Investigación. Energías alternativas. Comunicaciones. Actividades socio-laborales.”

De lo que se deduce claramente la **falta de relación de su actividad ordinaria, indicada en el objeto social, con el objeto del suministro de los contratos adjudicados por la [REDACTED]** a saber, el suministro de material de protección de tipo sanitario/laboral “mascarillas KN95/FFP2”.

La contratación a empresas para la prestación de servicios o suministros cuya actividad o tráfico mercantil no está directamente relacionada con la indicada prestación puede haber supuesto una infracción a lo dispuesto en los arts. 65 y siguientes 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, por cuanto se ha procedido a contratar los suministros con empresas cuya capacidad y solvencia no ha sido acreditada en los expedientes analizados por esta Agencia.

En este sentido, se pronuncia el “INFORME DE FISCALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA GENERALITAT CON ESPECIAL ÉNFASIS EN LAS CONTRATACIONES DERIVADAS DEL COVID-19 – ANUALIDAD 2020”, cuando recomienda que *“la elección del contratista debe constar de forma motivada en el expediente, así como la documentación acreditativa de sus condiciones de aptitud y solvencia”*.

Dicha incidencia ha sido puesta de manifiesto también por el Tribunal de Cuentas, en su INFORME DE FISCALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS DE EMERGENCIA CELEBRADOS EN 2020 PARA LA GESTIÓN DE LA SITUACIÓN DE CRISIS SANITARIA OCASIONADA POR EL COVID-19, EN EL ÁMBITO DE AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES, OTRAS ENTIDADES PÚBLICAS Y FUNDACIONES ESTATALES, en el que se pone de relieve lo siguiente:

*“3.3. Un número significativo de las entidades fiscalizadas no han comprobado la capacidad de los adjudicatarios para poder celebrar contratos con el sector público, sin que tampoco hayan exigido que aquellos poseyeran y acreditaran la solvencia económica, financiera y técnica necesaria para que se les adjudicara el correspondiente contrato. Debe tenerse en cuenta, por una parte, que la tramitación de emergencia dispensa de instruir el correspondiente expediente de contratación, rebajando por tanto el nivel de exigencia de la observancia de las formalidades prescritas por la ley en supuestos de tramitación alternativa, pero debe considerarse, por otra, que **la capacidad y la solvencia son exigencias de derecho material cuya dispensación no está expresamente prevista por la Ley para los supuestos en que se aplique la tramitación de emergencia**. En su virtud, este Tribunal de Cuentas entiende que la aceptación por parte de la entidad correspondiente del riesgo de llegar a contratar a una persona sin capacidad jurídica o inhabilitada para contratar con el sector público, o a un empresario que no acreditase en la forma legalmente exigible la solvencia necesaria para atender los compromisos asumidos mediante el contrato, debería haber sido soportada en cada caso mediante la justificación suficiente de que la urgencia de la necesidad objeto de atención era incompatible con la comprobación de la capacidad y de la solvencia del correspondiente adjudicatario, en adecuación de la tramitación de emergencia a los principios de buena gestión (puntos 2.6, 2.30, 2.39, 2.56, 2.65, 2.72, 2.79, 2.91 y 2.102).*”

*En relación con la cuestión de la acreditación de la capacidad y de la solvencia de los contratistas en la tramitación de emergencia, resulta ilustrativo citar el Dictamen 221/2021 del Consejo de Estado, aprobado el 6 de mayo de 2021, en el que recuerda que “**incluso en los supuestos en los que se acude a la contratación de emergencia, la Administración contratante no queda relevada de la obligación de verificar el cumplimiento por los contratistas de los requisitos básicos establecidos en la LCSP para garantizar su capacidad y solvencia, así como para valorar la relación de su actividad con el objeto del contrato que se pretende celebrar**”.*”

3.4. Conectado con la anterior conclusión, se han identificado en tres entidades supuestos en los que las prestaciones objeto del correspondiente contrato no formaban parte del objeto social del contratista, lo que supuso contratarle para la realización de prestaciones que no formaban parte de su tráfico mercantil. En estos supuestos resultaba exigible que el órgano de contratación justificase la imposibilidad de celebrar el contrato con empresas en cuyo objeto social se incluyesen las prestaciones objeto de contratación, justificación que no consta en ninguno de los expedientes fiscalizados en los que concurría la circunstancia expuesta. No obstante, consta en los respectivos expedientes que todas las prestaciones comprometidas fueron realizadas, y que se entregaron los suministros adquiridos (puntos 2.7, 2.19 y 2.91).”

Sobre las consecuencias de la falta de objeto social relacionado con el objeto del contrato, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en informe 20/02 de 6 de julio de 2002, recoge lo siguiente:

*“Sabido es que **la capacidad de obrar de las personas jurídicas se define por su objeto social**, como expresamente se declara en el artículo 197.1 de la Ley para los contratos de consultoría y asistencia y de servicios al precisar que la finalidad o actividad de la personas física o jurídica **ha de tener relación directa con el objeto del contrato**, pero que también resulta, para los contratos en general, del artículo 15.2 de la misma Ley en cuanto exige que la capacidad de obrar se acredite mediante la escritura o documento de constitución, estatutos o acto fundacional, en los que debe figurar necesariamente el objeto social en cuanto determinante de la capacidad de obrar de las empresas”. Y en noviembre de 2003, la propia Junta afirmaba lo siguiente (informe 32/2003): “**la misma conclusión, para todo tipo de contrato, debe obtenerse de las declaraciones genéricas del artículo 15.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ya que al establecer el precepto legal que la capacidad de obrar de los empresarios que fueren personas jurídicas se acreditará mediante la escritura de constitución o modificación inscrita en el Registro mercantil**”*”

*aclarando que ello será así cuando este requisito fuera exigible conforme a la legislación mercantil que le sea aplicable añadiendo que si no lo fuere, la acreditación de la capacidad de obrar se realizará mediante la escritura o documento de constitución, de modificación, estatutos o acto fundacional, en el que constasen las normas por las que se regula su actividad, inscritos, en su caso, en el correspondiente Registro oficial, resulta indudable que, se ponen en conexión, **al regular la capacidad de obrar, el objeto de la persona jurídica con el propio del contrato de que se trate** pudiendo afirmarse que, en definitiva el artículo 15.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece, para todo tipo de contratos, en cuanto a la capacidad de obrar, la misma exigencia que, para los contratos a que se refiere, consagra el artículo 198.1 de la propia Ley”.*

De los datos aportados, la contratación con empresas que no han acreditado su capacidad y solvencia para ser contratistas **puede ser calificada como un vicio de nulidad de pleno de derecho**, dado que se ha contratado con empresas que carecían de capacidad y solvencia para ellos, adquiriendo derechos cuando se carecían de los elementos esenciales para su adquisición.

2ª.- Respecto a la procedencia de la utilización del procedimiento de emergencia y el cumplimiento de los principios generales de la contratación pública: publicidad, concurrencia y no discriminación.

La contratación de emergencia regulada en el art. 120 LCSP permite eximir al órgano gestor de la tramitación formal del expediente de contratación, pero no ampara la opción de prescindir de los principios inspiradores de la ley: publicidad, concurrencia y no discriminación (art. 1.1).

La contratación de emergencia regulada en el art. 120 LCSP permite eximir al órgano gestor de la tramitación formal del expediente de contratación, regulándose de la siguiente forma:

“Artículo 120. Tramitación de emergencia.

*1. 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 al siguiente régimen excepcional:*

*a) El órgano de contratación, **sin obligación de tramitar expediente** de contratación, podrá ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida, o 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. En caso de que no exista crédito adecuado y suficiente, una vez adoptado el acuerdo, se procederá a su dotación de conformidad con lo establecido en la Ley General Presupuestaria.*

b) Si el contrato ha sido celebrado por la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social o demás entidades públicas estatales, se dará cuenta de dichos acuerdos al Consejo de Ministros en el plazo máximo de treinta días.

c) **El plazo de inicio de la ejecución de las prestaciones no podrá ser superior a un mes, contado desde la adopción del acuerdo previsto en la letra a).** Si se excediese este plazo, la contratación de dichas prestaciones requerirá la tramitación de un procedimiento ordinario.

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.

En el supuesto de que el libramiento de los fondos necesarios se hubiera realizado a justificar, transcurrido el plazo establecido en la letra c) anterior, se rendirá la cuenta justificativa del mismo, con reintegro de los fondos no invertidos.

2. Las restantes prestaciones que sean necesarias para completar la actuación acometida por la Administración y que no tengan carácter de emergencia se contratarán con arreglo a la tramitación ordinaria regulada en esta Ley.”

Dicho precepto únicamente establece un límite temporal, a saber, que el **“el plazo de inicio de la ejecución de las prestaciones no podrá ser superior a un mes, contado desde la adopción del acuerdo previsto en la letra a)”**, no estableciendo ninguna otra limitación al respecto del plazo máximo para la finalización de la ejecución de la prestación contratada (suministro de productos sanitarios en el caso de las contrataciones analizadas).

En este sentido, se pronuncia el **“INFORME DE FISCALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA GENERALITAT CON ESPECIAL ÉNFASIS EN LAS CONTRATACIONES DERIVADAS DEL COVID-19 – ANUALIDAD 2020”**, del que se resaltan los siguientes pasajes de interés, en apoyo de la conclusión realizada:

“Los incumplimientos y/o limitaciones al alcance más significativos observados en los contratos fiscalizados se indican detalladamente en el Informe y consisten, principalmente, en la falta de acreditación de los supuestos de hecho que dan lugar a la contratación de emergencia, en la falta de constancia de los precios de las prestaciones contratadas en los respectivos contratos, en la imposibilidad de verificar la adecuada ejecución del contrato o su recepción de conformidad y en la falta de formalización por escrito de los contratos ejecutados en el exterior.

(...)

Los incumplimientos más reiterados se han observado en la Conselleria de Sanidad, donde en 30 expedientes no hemos podido verificar la adecuada ejecución del contrato ni su recepción de conformidad, ni su liquidación, para la comprobación de lo dispuesto en el artículo 210 de la LCSP.(...)

3.1.5. Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública

Expedientes 12 al 42

En la revisión efectuada de los treinta y un expedientes tramitados por la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública, por un importe conjunto de 152,5 millones de euros, cabe señalar lo siguiente:

1. No hemos podido comprobar, en ningún caso, si el periodo comprendido entre la ordenación de la ejecución de las prestaciones por parte del órgano competente y su inicio es igual o inferior a un mes, al realizarse dicha ordenación de forma verbal. Todo ello, a fin de verificar el cumplimiento de lo

dispuesto en el artículo 120.1.c) de la LCSP y, por tanto, su adecuada tramitación mediante el procedimiento excepcional de emergencia.

(...)

3. En once contratos (26, 27, 28, 29, 30, 31, 35, 36, 38, 41 y 42) no se ha dictado el acuerdo o declaración de la emergencia por parte del órgano competente, a fin de motivar la necesidad del contrato y la adecuada aplicación del régimen extraordinario que establece la LCSP en su artículo 120.

4. En los contratos 13, 14, 16, 18, 19, 20 y 32 no consta un informe técnico justificativo de la necesidad e idoneidad del contrato a realizar y de la situación de emergencia que motiva la tramitación del expediente.

(...)

6. RECOMENDACIONES

Los órganos responsables de la Generalitat, además de adoptar las medidas correctoras de los hechos descritos anteriormente, deben tener en cuenta las recomendaciones que a continuación se señalan para mejorar la gestión contractual de la Administración de la Generalitat.

Respecto a la tramitación de emergencia

1. En los expedientes **debe constar la exposición razonada de los motivos por los cuales no es posible resolver la situación mediante otros procedimientos menos restrictivos**, como la tramitación urgente del expediente o el procedimiento negociado sin publicidad por razón de imperiosa urgencia.

2. En los expedientes debe indicarse que **la actividad contratada se limita a lo estrictamente indispensable para prevenir y remediar los daños derivados de la situación de emergencia y que no se prolongará fuera de tal situación**, deslindándola adecuadamente, en su caso, de otras actuaciones necesarias para completar la actuación acometida pero que no tengan carácter de emergencia, las cuales habrán de ser contratadas con arreglo a la tramitación ordinaria.”

En la misma línea, el “INFORME ESPECIAL DE SUPERVISIÓN DE LOS CONTRATOS TRAMITADOS POR VÍA DE EMERGENCIA – Marzo 2021”, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIReScon), establece al respecto de la cuestión:

“En los contratos tramitados por vía de emergencia en 2018 y 2019, se han detectado algunos supuestos en los que el objeto y la duración del contrato no parece encajar con la concurrencia de alguna de las circunstancias descritas en el artículo 120 de la LCSP, habilitantes para la tramitación con carácter de emergencia, sobre todo por el periodo de vigencia indicado que parece superar la cobertura y prestación restrictiva y por el tiempo imprescindible que lleva aparejada los contratos tramitados por esta vía.

A modo de ejemplo, se cita la tramitación de contratos de concesiones para la explotación de servicios públicos o de consultoría para la realización de encuestas.

Esta casuística se ha visto, aunque en un porcentaje muy bajo, en determinados contratos de emergencia provocados por el COVID-19 en los que la duración del contrato supera los 365 días. La falta de documentación y de publicidad en las plataformas no permite comprobar la idoneidad de tal extremo.

(...)

De igual modo, sería recomendable la elaboración de pliegos de condiciones generales conforme al artículo 121 de la LCSP, en determinadas contrataciones cuyo objeto se conozca previamente y para las que pueda resultar de carácter urgente su contratación, con el fin de agilizar la tramitación de los expedientes y facilitándose, en consecuencia, acudir a otras fórmulas previstas en la LCSP y evitar el posible abuso del contrato de emergencia.

En este sentido, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso y circunstancia, se recomienda valorar la oportunidad de optar por la tramitación con carácter de urgencia, conforme al artículo 119 de la LCSP, o incluso por la adjudicación mediante el procedimiento negociado por razón de imperiosa urgencia, dándose las circunstancias recogidas en el artículo 168.b) de la LCSP, puesto que ambas opciones, especialmente esta última, pueden proporcionar la agilidad necesaria en la tramitación sin que se vean mermados los principios de publicidad, transparencia y concurrencia, así como el resto de garantías procedimentales y controles (como el sometimiento al recurso especial en materia de contratación) que consagra la LCSP. En este sentido deben recordarse las Orientaciones de la Comisión Europea sobre el uso del marco de contratación pública en la situación de emergencia relacionada con la crisis del COVID-19.”

De los datos aportados, se constatan las siguientes adjudicaciones y entregas materiales:

ADJUDICATARIO	FECHA ADJ.	FECHA ENTREGA	OBJETO	CANT.	PRECIO/UD	TOTAL
[REDACTED]	31/03/2020	06/04/2020	MASC. FFP2	204.000	2,20 €	449.248,80 €
[REDACTED]	16/04/2020	16/04/2020	MASC. FFP2	146.000	2,40 €	349.786,80 €
[REDACTED]	01/05/2020	04/05/2020	MASC. FFP2	204.000	2,40 €	488.743,20 €
				554.000		1.287.778,80 €

De lo anterior se deduce que las contrataciones se realizaron en un horizonte temporal que abarcó desde el 27/03/2020 (fecha del primer presupuesto) hasta el 04/05/2020 (fecha de la última entrega de bienes), debido a que la mercantil [REDACTED] no era fabricante del producto suministrado, sino en su condición de exportadora desde el mercado chino, tal y como se ha acreditado en la documentación obtenida en la investigación.

3ª.- Especial referencia a la fijación del precio del contrato y la realización del precedente estudio de mercado.

El Tribunal de Cuentas, en su INFORME DE FISCALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS DE EMERGENCIA CELEBRADOS EN 2020 PARA LA GESTIÓN DE LA SITUACIÓN DE CRISIS SANITARIA OCASIONADA POR EL COVID-19, EN EL ÁMBITO DE AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES, OTRAS ENTIDADES PÚBLICAS Y FUNDACIONES ESTATALES, al respecto de esta cuestión, indica:

*“3.5. En la mayor parte de los contratos fiscalizados no consta la solicitud de ofertas a más de una empresa, lo que **habría constituido una buena práctica al objeto de adecuar la tramitación excepcional de emergencia a los principios de libre competencia y de selección de la oferta económicamente más ventajosa** (puntos 2.14, 2.23, 2.59, 2.68, 2.93, 2.109, 2.116, 2.119 y 2.125).*

3.6. *En la mayor parte de los contratos fiscalizados el precio ha sido fijado mediante la sola aceptación de la oferta presentada por el respectivo contratista, al concurrir circunstancias tales como la **falta de información del órgano de contratación sobre los precios imperantes en el mercado, o la solicitud de tan solo una oferta. La situación expuesta ha podido contribuir a que se hayan producido significativas diferencias de precios en los productos objeto de contratación, principalmente en las adquisiciones de material sanitario, dicho sea esto sin perjuicio de la dificultad de extraer conclusiones relevantes y representativas a partir de una comparación entre los precios obtenidos, para contrataciones de productos similares, por diferentes entidades que forman parte del ámbito subjetivo de esta fiscalización -comparación que requeriría analizar un número muy elevado de variables que condicionan cada una de las contrataciones aisladamente consideradas (puntos 2.24, 2.25, 2.34, 2.45, 2.59, 2.68, 2.73, 2.82, 2.93, 2.94, 2.109, 2.116, 2.119 y 2.125).***

(...)

4.3 *Salvo en los supuestos en los que la emergencia fuera tal que la finalidad del contrato pudiera verse comprometida, **resultaría aconsejable que los órganos de contratación solicitasen ofertas de diferentes licitadores, y, en su caso, negociasen los términos del contrato susceptibles de ello, procurando proveerse, en los supuestos en que ello resultase posible, de referencias de los precios habituales de mercado de los bienes y servicios objeto de contratación.***

Esta Agencia solicitó a la entidad investigada copia de los presupuestos solicitados a los diferentes proveedores y los estudios de mercado realizados por su personal.

Al respecto de lo anterior, el Sr. [REDACTED], Director Adjunto de la [REDACTED] hizo constar en escrito de manifestaciones que:

- En el principio, se intentó conseguir los materiales a través de [REDACTED] alegación que concuerda con la comunicación relacionada en la primera fila de la tabla anexa, pero no se llevó a efecto, **desconociéndose por esta Agencia los motivos concretos por los que no se optó por la contratación con [REDACTED] en febrero de 2020, pues se trataba de una oferta que parecía cumplir con las expectativas de contratación de la [REDACTED] haciéndose constar únicamente que se les indicó que les resultaba complicado ya que padecían "falta de oferta, aumento de precios y dificultades en la obtención del material", pero dichos extremos no se aprecian en la comunicación de 26-02-20, al no haberse remitido por la [REDACTED] la respuesta a dicho correo.**
- Tras ello, trataron de obtener las mascarillas a través de otros proveedores del sector, sin éxito. Del análisis de la documentación aportada por la [REDACTED] **se constata únicamente la petición a un único proveedor [REDACTED]. La otra oferta aportada [REDACTED] es varios meses posterior a las contrataciones.**
- Se indica por el Sr. [REDACTED], que los distintos proveedores que conseguían contactar establecían precios altos "a su entender" y tampoco garantizaban una entrega inmediata y la cantidad que necesitaban, exigiendo entregas a cuenta. De la documentación analizada, **no existe prueba o indicio que permita afirmar la veracidad de la anterior manifestación.**

- Finalmente, al respecto de la elección como adjudicatario a la mercantil [REDACTED], se hizo constar que la misma fue realizada "a la vista de las cantidades de material, condiciones de entrega y compra que nos pedían y de los distintos precios que nos ofertaban"

PROVEEDOR	FECHA	OBJETO	CANTIDAD	PRECIO/UD
[REDACTED]	26-02-20	MASCARILLAS KN95	500.000	3,20 €
[REDACTED]	26-02-20	MASCARILLAS FFP2	200	5,95 €
[REDACTED] (N.º 4)	23-03-20	MASCARILLAS FFP2	350.000	1,68 €
[REDACTED]	01-06-20	MASCARILLAS FFP2	Hasta fin exis	2,19 €

Y lo anterior ocurre asimismo con las propias ofertas de Hilaturas Temprado, S.L., que se relacionan en la siguiente Tabla:

PROVEEDOR	FECHA	OBJETO	CANTIDAD	PRECIO/UD
[REDACTED] PRESUP. 4	23-03-20	MASCARILLAS FFP2	350.000	1,68 €
[REDACTED] PRESUP. 4 ²	23-03-20	MASCARILLAS FFP2	350.000	1,82 €
[REDACTED] PRESUP. 8	27-03-20	MASCARILLAS FFP2	204.000	1,82 €
[REDACTED] PRESUP. 7	13-04-20	MASCARILLAS FFP2	146.000	1,98 €
[REDACTED] PRESUP. 158 ³	29-04-20	MASCARILLAS FFP2	200.000	1,98 €
[REDACTED] PRESUP. 158	29-04-20	MASCARILLAS FFP2	204.000	1,98 €

En la anterior Tabla puede observarse, por una parte, la emisión de un presupuesto (el n.º 4) que aunaba las cantidades de los dos posteriores (204.000 más 146.000) a un precio inferior. **Los motivos por los que dicho presupuesto fue invalidado, en lo que se refiere al precio unitario, constan aportados al expediente, a saber, el aumento de costes logísticos para la ejecución material del pedido (transporte aéreo y aduanas). Se desconocen los motivos concretos por los que dicho presupuesto fue posteriormente partido en 2, aunque se presume que debió responder al hecho de que la mercantil suministradora estaba supeditada a la producción de mascarillas en origen.**

En conclusión, de la documentación analizada no se deduce que por parte de la [REDACTED] se haya procedido a realizar las contrataciones de suministro de mascarillas de protección con respeto de los principios generales de la contratación pública: publicidad, concurrencia y no discriminación, dado que:

- Únicamente se ha acreditado la solicitud de oferta a 3 proveedores, para el periodo comprendido entre febrero y mayo de 2020.
- A pesar de la existencia de una oferta ([REDACTED]) que parecía cumplir con las expectativas de contratación de la [REDACTED] ésta optó por no hacer uso de la misma.

2 3. correo 25 de marzo presupuesto modificado a 1,82.pdf

3 017.1. SKM_C30823010216570.pdf

- Tras la contratación inicial en marzo de 2020, no se ha acreditado que se haya seguido realizando consultas o estudios de mercado para las contrataciones de abril y mayo de 2020.

- Si bien se han aportado facturas al respecto del transporte de las mercancías, del análisis de las mismas no se puede constatar la realidad de la existencia de un “aumento” en los costes logísticos vinculados al transporte y exportación de las mercancías desde China, constando al efecto simplemente “manifestaciones genéricas” de la empresa.

De los datos aportados, podría calificarse el hecho de que la [REDACTED] haya contratado directamente las prestaciones sin dejar constancia de otras ofertas existentes en el mercado y la falta de acreditación de la realidad de las variaciones operadas en los precios del producto como una **irregularidad no invalidante**.

4ª.- Especial referencia al posible fraccionamiento del objeto contractual.

Como se ha indicado anteriormente, las ofertas de [REDACTED] son las que se relacionan en la siguiente Tabla:

PROVEEDOR		FECHA	OBJETO	CANTIDAD	PRECIO/UD
[REDACTED]	PRESUP. 4	23-03-20	MASCARILLAS FFP2	350.000	1,68 €
[REDACTED]	PRESUP. 4 ⁴	23-03-20	MASCARILLAS FFP2	350.000	1,82 €
[REDACTED]	PRESUP. 8	27-03-20	MASCARILLAS FFP2	204.000	1,82 €
[REDACTED]	PRESUP. 7	13-04-20	MASCARILLAS FFP2	146.000	1,98 €
[REDACTED]	PRESUP. 158 ⁵	29-04-20	MASCARILLAS FFP2	200.000	1,98 €
[REDACTED]	PRESUP. 158	29-04-20	MASCARILLAS FFP2	204.000	1,98 €

En dicha Tabla se observa una primera oferta de 350.000 mascarillas, que posteriormente sería “partida” o dividida en dos contrataciones, una de 204.000 y otra de 146.000 unidades.

En la documentación que obra en el expediente, se hace constar, como motivos que presuntamente justificarían dicha división que:

- El suministro de materiales se producía a medida que los mismos se iban fabricando, por lo que los contratos siempre se realizaron contra la entrega material de la mercancía.

- El hecho de que la empresa [REDACTED] operaba realmente como empresa importadora, estando supeditada a la fabricación de los productos en origen (China).

Según dispone el art. 99 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público -LCSP 2017-, **el objeto de los contratos del sector público**

4 3. correo 25 de marzo presupuesto modificado a 1,82.pdf

5 017.1. SKM_C30823010216570.pdf

deberá ser determinado, debiendo ser definido en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, en este caso con el suministro pretendido. En todo caso, como añade dicho artículo, **no podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y, de este modo, eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación** que correspondan.

A partir de esta exigencia legal, se configura la **teoría de la denominada unidad funcional**, como elemento determinante de la necesidad de asumir que las prestaciones de un contrato deben formar un único expediente a efectos de su licitación, **independientemente de que su ejecución pueda ser realizada por varios adjudicatarios en virtud de su división en diferentes lotes**.

Como al efecto señala la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía, en su Informe 6/2018, de 12 de julio, en aplicación de esta doctrina, no debe ser considerado fraccionamiento indebido de un contrato el proyecto de licitación de objetos diferenciados y que no se encuentren vinculados entre sí, de tal forma que la ejecución y explotación de uno o varios de ellos no sean necesarios para la ejecución y explotación de cualquiera de los demás o, incluso, cuando los objetos sean semejantes pero independientes entre sí. Al contrario, **existirá unidad funcional del contrato cuando los elementos a realizar sean inseparables para el logro de una finalidad**, o se estimen imprescindibles para el correcto funcionamiento de aquello que se pretende conseguir mediante la celebración del contrato.

El alcance de esta interpretación no permite establecer presunciones generalizadas en relación con supuestos en los que deba ser apreciada esta unidad funcional, sino que su determinación **requiere el análisis de cada procedimiento de contratación en particular**, con el objeto de poder estimar la exigencia de su tratamiento unificado a efectos procesales o, en otro caso, la posibilidad de tramitar su licitación de forma separada. En este sentido, la concurrencia de elementos accesorios al proceso de licitación, pueden coadyuvar a definir este análisis en cada caso concreto, pero no deben establecer una presunción general por la que, de forma inequívoca, diferentes prestaciones deban formar parte de un mismo procedimiento de contratación.

Como al efecto señala la Sentencia del TSJ de Extremadura de 13 de julio de 2017, que:

"Así las cosas podemos extraer la conclusión en cuanto al concepto de "unidad operativa o funcional" es que no existen criterios generales o más bien se trata de un concepto jurídico indeterminado, en el que hay que acudir a la casuística para determinar si existe o no la unidad funcional y, por tanto, si se produce un fraccionamiento indebido del objeto del contrato. La premisa básica será siempre el no evitar la publicidad y concurrencia, porque la línea que marca lo correcto de lo incorrecto estriba, fundamentalmente, en la publicidad y concurrencia."

En este sentido, se requiere que en el procedimiento de gestación de cada expediente de contratación se determine, con los informes técnicos

correspondientes, la necesidad de someter las diferentes prestaciones a un procedimiento de licitación unificado, al concurrir en ellas los supuestos de hecho determinantes de la unidad funcional del objeto de contrato.

Por esta Agencia se solicitó a la [REDACTED] “Justificación de porque el presupuesto inicial n.º 4, de 23-03-20, para la adquisición de 350.000 mascarillas fue posteriormente fraccionado en dos presupuestos (n.º 8, de 27-03-20, para 204.000 mascarillas y n.º 7, de 13-04-20, para 146.000 mascarillas)”, no aportándose por la misma argumentos al respecto en su escrito de fecha 7 de diciembre de 2022.

Tampoco se hallan en los diferentes expedientes de contratación informes que justifiquen que no se está fraccionando el objeto del contrato en los tres expedientes analizados.

En conclusión, cabe considerar que **no se ha justificado adecuadamente la partición o división del objeto contractual** “suministro de mascarillas KN95-FFP2” en tres contratos consecutivos entre marzo de 2020 y mayo de 2020, de 204.000 mascarillas, 146.000 mascarillas y 204.000 mascarillas, respectivamente.

5ª.- Especial referencia a la determinación del beneficio del proveedor.

Tras el análisis de la documentación obrante en el expediente, recabada de las diferentes entidades, resulta posible establecer de manera aproximada el beneficio por ventas del proveedor adjudicatario de los contratos públicos.

El primer aspecto a tener en cuenta tras el análisis de los anteriores datos es que no existe correspondencia directa entre las adquisiciones de material en el mercado chino por parte de la mercantil [REDACTED] y las correspondientes ventas o suministros a la [REDACTED] por lo que para establecer el beneficio aproximado obtenido por la empresa, deberemos emplear una metodología de cálculo por promedios sobre los totales absolutos por categoría.

En primer lugar, se han aportado facturas de compra de los bienes suministrados, conforme al siguiente desglose:

PROVEEDOR	FECHA	OBJETO	CANTIDAD	PRECIO/UD
[REDACTED]	28-04-20	MASCARILLAS KN95	1.101.600	\$1,03
[REDACTED]	27-04-20	MASCARILLAS KN95	300.000	\$1,03
[REDACTED]	28-04-20	MASCARILLAS KN95	201.600	\$1,03
[REDACTED]	30-03-20	MASCARILLAS KN95	288.000	\$1,02
TOTALES:			1.891.200	\$1.945.056,00

Dado que los “precios de adquisición en origen” de los productos están en “\$ - Dólares” **procede, como primer paso del cálculo, trasladar dichos importes a “€ - Euros”**. El tipo de cambio aplicable al momento de la transacción consta fijado

en los documentos de importación al “1,0867”⁶, por lo que el coste total de las mascarillas adquiridas se cifraría en (\$1.945.056,00 x 1,0867) el importe de **2.113.692,36 €**.

La división entre dicho importe total y el número total de unidades de mascarillas adquiridas, nos aporta el **precio unitario de adquisición de las mismas en origen**, es decir, (2.113.692,36 € / 1.891.200 mascarillas) un coste unitario de **1,12 €/ud.**

Para continuar con el cálculo del beneficio del proveedor, **deben añadirse al coste unitario los “costes logísticos”** derivados de la importación que se han acreditado en el expediente, a saber, gastos para el transporte de las mercancías y gastos de importación (IVA y aranceles).

Por la mercantil [REDACTED] se aporta la siguiente relación de gastos soportados al respecto de lo anterior:

PROVEEDOR	FECHA	OBJETO	CANTIDAD	PRECIO/UD
[REDACTED] (ES00666792)	11-05-20	FLETE ALL IN - CHARTER	1	315.000,00 €
[REDACTED] (ES00674941)	08-06-20	IVA Y ARANCELES	6	519.228,05 €
[REDACTED] (ES00667537)	13-05-20	IVA Y ARANCELES	4	92.206,06 €
[REDACTED] (ES00668169)	14-05-20	FLETE ALL IN	1	45.007,75 €
[REDACTED] (ES00667540)	13-05-20	FLETE	1	53.440,88 €
[REDACTED] (ES00668159)	14-05-20	FLETE	1	55.275,00 €
TOTALES:				1.080.157,74 €

Finalmente, con la adición de los importes correspondientes al “precio de adquisición en origen” y los “costes logísticos”, obtenemos el importe del **“coste total final de la adquisición”** soportado por la mercantil [REDACTED] que es de (2.113.692,36 € + 1.080.157,74 €) de **3.193.850,10 €**. Lo que, a su vez, arroja un **“coste unitario final de adquisición en origen”** por mascarilla de (3.193.850,10 € / 1.891.200 mascarillas) de **1,69 €/ud.**

Para concluir los cálculos del presente apartado, y establecer el beneficio de la empresa, el mismo debe establecerse por la diferencia entre el “coste unitario final de adquisición en origen” y el “coste final de adquisición por el usuario final”, esto es, la [REDACTED] de conformidad con la siguiente tabla:

FECHA	OBJETO	CANTIDAD	PRECIO/UD	TOTAL	PRECIO/UD ORIG	TOTAL ORIGEN
31/03/2020	MASCARILLAS FFP2	204.000	2,20 €	449.248,80 €	1,69 €	344.514,29 €
16/04/2020	MASCARILLAS FFP2	146.000	2,40 €	349.786,80 €	1,69 €	246.564,15 €
01/05/2020	MASCARILLAS FFP2	204.000	2,40 €	488.743,20 €	1,69 €	344.514,29 €
			554.000	1.287.778,80 €		935.592,72 €

6 007.4. facturas_importacion.pdf

En conclusión, el beneficio presuntamente obtenido por la mercantil se cifra por la diferencia entre el coste total en origen para la adquisición de 554.000 mascarillas (935.592,72 €) y el coste total de adquisición por el usuario final (██████) que se cifra en 1.287.778,80 €, de lo que **se obtiene un resultado final de “beneficio obtenido” por la empresa proveedora de 352.186,08 € (y que supone un margen para la empresa del 37,64% sobre el coste total de adquisición en origen).**

6ª.- Especial referencia a la fiscalización de la entrega material de los bienes.

La documentación que obra en el expediente al respecto de esta cuestión es la siguiente:

- 1) Orden de Transporte, emitida por ██████████, de fecha 5 de abril de 2020, en el que se hace constar, a mano, la expresión “contado por bultos 6-4-20”, y firma ilegible.
- 2) Albarán n.º 16, de 16 de abril de 2020, con un sello estampado de la mercantil ██████████.
- 3) Albarán n.º 253, de 4 de mayo de 2020, con un sello estampado de la mercantil ██████████, y una anotación manuscrita que reza “*contada por cajas, no individualmente*” y firma ilegible.
- 4) Certificados de conformidad con la ejecución de los contratos, firmados por el Sr. ██████, Coordinador Autonómico de la ██████

La ausencia de elementos adicionales, como por ejemplo, fotografías de la mercancía, **no permite afirmar, con una certeza indiscutible, si el contrato fue cumplido en su integridad**, más allá de los certificados de conformidad emitidos por el Sr. JPG.

SÉPTIMO.- Análisis de las alegaciones formuladas durante el trámite de audiencia.

Tras el informe provisional se concedió trámite de audiencia por un plazo de **10 días hábiles** a contar desde la recepción del informe para que las entidades afectadas pudieran formular las alegaciones oportunas ante la Dirección de Análisis e Investigación de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana.

En fecha 24 de febrero de 2023 ha tenido entrada en el Registro General Electrónico de esta Agencia con el n.º 2023000188, escrito de alegaciones de la ██████████

Del estudio de las anteriores alegaciones, debe argumentarse lo siguiente:

0º) Alegación previa, no referida a las conclusiones del informe provisional de fecha 6 de febrero de 2023

Con carácter previo a formular alegaciones al respecto de las conclusiones provisionales, la entidad pone de manifiesto la excepcionalidad del régimen de contratación durante el periodo de pandemia COVID-19, con el siguiente tenor literal:

“Con objeto de clarificar en mayor medida, los hechos objeto de investigación, es preciso determinar adecuadamente el marco jurídico aplicable a las compras públicas de material sanitario durante el periodo de tiempo de mayor intensidad de la crisis sanitaria.

Pretendemos, con ello, por un lado, poner de relieve el estado de absoluta excepcionalidad que reconocían las autoridades europeas y españolas y, por otro, acreditar que esta entidad actuó de forma diligente, con respeto absoluto a las normas en vigor.

1. Régimen excepcional

Son especialmente esclarecedoras las Orientaciones de la Comisión Europea sobre el uso del marco de contratación pública en la situación de emergencia relacionada con la crisis COVID-19 (2020/C 108 1/01), publicadas en el Diario Oficial de la Unión Europea, con fecha 1 de abril de 2020.

Comienza su punto 1, denominado, Introducción: opciones y flexibilidad en el marco de la contratación pública, disponiendo lo siguiente:

“COVID-19 es una crisis sanitaria que exige soluciones rápidas e inteligentes y agilidad para hacer frente a un enorme aumento de la demanda de bienes y servicios de tipo similar, al mismo tiempo que algunas cadenas de suministro se ven perturbadas. Los compradores públicos de los Estados miembros [...] Tienen que garantizar la disponibilidad de equipos de protección individual, como mascarillas y guantes de protección, productos sanitarios, como los respiradores y otros suministros médicos, así como de infraestructura hospitalaria e informática, por citar algunos ejemplos.

Para adaptar mejor su ayuda a esta situación de emergencia, la Comisión explica en la presente guía, a qué opciones y flexibilidades puede recurrirse en el marco de contratación pública de la UE para la adquisición de suministros, servicios y obras necesarias para hacer frente a la crisis.

Los compradores públicos pueden considerar varias opciones:

- En primer lugar, en caso de urgencia, pueden recurrir a las posibilidades de reducir sustancialmente los plazos para acelerar los procedimientos abiertos o restringidos.

- En caso de que tal flexibilidad no baste, podrá preverse un procedimiento negociado sin publicación.

- Por último, podría permitirse incluso la adjudicación directa a un operador económico preseleccionado, siempre que este sea el único que pueda

proporcionar los suministros necesarios dentro de los condicionantes técnicos y temporales que impone la extrema urgencia.

- Por otra parte, los compradores públicos deben también buscar soluciones alternativas y actuar en el mercado.

Así mismo, continúa relatando el mencionado documento:

"La presente guía se centra especialmente en la contratación pública en casos de extrema urgencia, que permite a los compradores públicos comprar en cuestión de días, incluso de horas, en caso necesario. Precisamente en una situación como la actual crisis del COVID-19, que presenta una urgencia extrema e imprevisible, las Directivas de la UE no contienen restricciones de procedimiento.

[...] En la práctica, esto significa que las autoridades pueden actuar con toda la rapidez que sea técnica y físicamente posible, y el procedimiento puede constituir una adjudicación directa de facto sujeta únicamente a limitaciones físicas o técnicas relacionadas con la disponibilidad real y la velocidad de entrega.

Para acelerar sus adquisiciones, los compradores públicos pueden también optar por:

- dirigirse a los contratistas potenciales dentro y fuera de la UE por teléfono, correo electrónico o en persona;
- contratar a agentes que tengan mejores contactos en los mercados;
- enviar directamente a sus representantes a países que dispongan de las reservas necesarias y puedan garantizar una entrega inmediata;
- dirigirse a los posibles proveedores para acordar un aumento de la producción, o bien el inicio o la renovación de la producción."

Finalmente, en su punto 2.3.2, relativo a la extrema urgencia que hace imposible el cumplimiento de los plazos generales, se indica:

"No puede dudarse de que las necesidades inmediatas de los hospitales y centros sanitarios (en términos de suministros, servicios y obras públicas) tienen que cubrirse con toda la rapidez posible. Como aclara la jurisprudencia del Tribunal, si se invoca la extrema urgencia, la necesidad de contratación ha de satisfacerse inmediatamente."

Por otro lado, se ha de tener en cuenta el Real Decreto Ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19, cuyo artículo 16 rezaba lo siguiente:

"La adopción de cualquier tipo de medida directa o indirecta por parte de los órganos de la Administración General del Estado para hacer frente al COVID-19 justificará la necesidad de actuar de manera inmediata, al amparo de lo previsto en 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.

De acuerdo con la previsión establecida en el párrafo anterior, a todos los contratos que hayan de celebrarse por la Administración General del Estado o sus organismos públicos y entidades de Derecho 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.”

Por su parte, el artículo 120 de la Ley de Contratos del Sector Público, regula la tramitación de emergencia, disponiendo su apartado 1 que:

“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 al siguiente régimen excepcional:

El órgano de contratación, sin obligación de tramitar expediente de contratación, podrá ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida, o 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 [...]”

El concepto de tramitación de emergencia, a diferencia de la tramitación ordinaria y de urgencia, se considera como un régimen excepcional para unos supuestos tasados, que confiere facultades excepcionales.

La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado se ha pronunciado en su Informe 17/2019, señalando que:

*“2. Cuando el legislador aborda la regulación del procedimiento de emergencia transmite la idea de que **la principal cautela que debe mantenerse respecto del empleo de este procedimiento es el adecuado respeto del principio de concurrencia y de igualdad de los licitadores** y que, sólo en determinados supuestos absolutamente excepcionales, tales principios deben ceder cuando se produce un desequilibrio entre el pleno mantenimiento de todas las garantías de que está investida la contratación pública y el adecuado respeto al interés general que se persigue con la actuación que va a ser objeto de contratación.*

Las garantías propias de la tramitación de los contratos públicos, y entre ellas la determinación de unos procedimientos reglados de selección del contratista, generan un entorno de seguridad jurídica plena que asegura que la elección de los contratistas se verifique respetando íntegramente los principios nucleares de la contratación pública. (...)”

En este mismo sentido, el Informe del Tribunal de Cuentas número 1.178 de 27 de octubre de 2016, considera que “la tramitación de emergencia constituye un régimen particularmente excepcional, ya que implica la exclusión en los contratos así tramitados de los principios de libertad de acceso a las licitaciones, transparencia y publicidad, establecidos con carácter general en la norma como informadores de la contratación pública. Asimismo, se excepcionan de la tramitación del expediente administrativo y del procedimiento de adjudicación que ordinariamente preceden a la ejecución de las prestaciones, por lo que se limita su utilización a los supuestos taxativamente enumerados en la Ley.

*En consecuencia, **esta tramitación excepcional debe utilizarse con un criterio restrictivo, cuando sea indispensable para hacer frente a un acontecimiento imprevisible para el órgano de contratación, que revista una extraordinaria gravedad y cuya solución no pueda lograrse mediante alguno de los restantes procedimientos previstos en la Ley**, como era la situación que se vivía para hacer frente al COVID-19.*

2. Requisitos

La tramitación de emergencia permite realizar determinadas actuaciones administrativas sin necesidad de tramitar el correspondiente expediente de contratación, lo que requiere que se cumplan los requisitos materiales, temporales y formales exigidos por la legislación aplicable.

Así, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) en su Resolución 102/2017, establece los siguientes requisitos necesarios para poder acudir a la tramitación de emergencia:

“(…) para que proceda la tramitación de emergencia es necesario:

i) que concurra alguno de los supuestos que taxativamente establece la ley, sin que sea suficiente cualquier otra circunstancia que dé lugar a una situación de urgencia;

ii) que no sea suficiente para resolver la situación la utilización de otros procedimientos menos restrictivos de la libre concurrencia;

iii) que la emergencia sea apreciada por el órgano de contratación y

iv) que la tramitación se limite a lo estrictamente indispensable en el ámbito objetivo y temporal para prevenir o remediar los daños derivados de esa situación.

A los anteriores requisitos este Tribunal ha de añadir uno más: que la causa de la emergencia no sea imputable al propio órgano de contratación, es decir, que la situación de emergencia no hubiera podido ser evitada por el órgano de contratación mediante una actuación diligente.”

2.1. Requisitos materiales

El artículo 120 LCSP, regula los supuestos tasados que permiten acudir a la tramitación de emergencia:

- Acontecimientos catastróficos*
- Situaciones que supongan grave peligro*
- Necesidades que afecten a la defensa nacional*

La doctrina considera que es necesario que concurran dos requisitos fundamentales para acudir a la tramitación de emergencia: imprevisibilidad del riesgo y grave e inminente peligro para la seguridad pública.

Si no se cumplieran estos requisitos, estaríamos en presencia de una falta de previsión por parte de la Administración y no ante situaciones de emergencia. Por lo que, tal y como indica el TACRC en su Resolución 102/2017, otro requisito para que proceda la tramitación de emergencia sería que la causa de la emergencia no sea imputable al propio órgano de contratación, es decir, que la situación de emergencia no hubiera podido ser evitada por el órgano de contratación mediante una actuación diligente.

La tramitación de emergencia procederá únicamente en situaciones objetivas, es decir, no cabe una estimación subjetiva o discrecional por parte de la Administración.

Asimismo, siguiendo la doctrina del TACRC en su Resolución 102/2017, se considera necesario que no sea suficiente para resolver la situación la utilización de otros procedimientos menos restrictivos de la libre concurrencia. Por tanto, es importante incidir en que la tramitación de

emergencia se configura como un procedimiento claramente excepcional, como último recurso de la Administración para la reparación del daño o la prevención de un peligro grave e inminente, al que la Administración podrá recurrir siempre que dicha reparación no pueda obtenerse acudiendo a la tramitación urgente del expediente, regulada en el artículo 119 LCSP, o al procedimiento negociado sin publicidad por imperiosa urgencia en los términos del artículo 168.b)1º LCSP.

El Preámbulo del RD-Ley 7/2020 contempla que el régimen excepcional del artículo 120 LCSP encaja a la perfección en la situación para hacer frente al COVID-19.

Siguiendo la misma línea, la adopción de cualquier tipo de medida directa o indirecta para hacer frente al COVID-19, justificaría la necesidad de actuar de manera inmediata, al amparo de lo previsto en el artículo 120 LCSP. Siendo así, a todos los contratos que se celebraron para atender las necesidades derivadas de la protección de las personas y otras medidas adoptadas para hacer frente al COVID-19, les resultaba de aplicación la tramitación de emergencia.

2.2 Requisitos temporales

La tramitación de emergencia se limita a lo estrictamente indispensable en el ámbito objetivo y temporal para prevenir o remediar los daños derivados de esa situación.

En el ámbito temporal, la emergencia requiere la inmediatez a la acción que la justifica, sin que pueda dilatarse en el tiempo, debiendo finalizar cuando la situación haya desaparecido, señalando al respecto el apartado 2 del artículo 120 LCSP que "Las restantes prestaciones que sean necesarias para completar la actuación acometida por la Administración y que no tengan carácter de emergencia se contratarán con arreglo a la tramitación ordinaria regulada en esta Ley."

Por tanto, la tramitación de emergencia se justifica en la necesidad de aplicar el principio de celeridad a determinadas situaciones efectivas, que es necesario solucionar de inmediato por parte de la Administración.

Según lo dispuesto en el artículo 120.1 c) LCSP el plazo de inicio de la ejecución de las prestaciones no podrá ser superior a un mes, contado desde la adopción del acuerdo previsto en la letra a). Si se excediese este plazo, la contratación de dichas prestaciones requerirá la tramitación de un procedimiento ordinario.

El órgano de contratación no se podrá basar en este título justificativo para realizar otro tipo de actividades, salvo las estrictamente necesarias para remediar los acontecimientos de emergencia. En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de enero de 1987, al destacar que "lo que ampara la normativa de emergencia es una actuación administrativa inmediata, absolutamente necesaria para evitar o remediar en lo posible las consecuencias del suceso en cuestión".

2.3 Requisitos formales

El artículo 120.1 a) LCSP dispensa al órgano de contratación de la obligación de tramitar expediente de contratación, en base a la ya señalada naturaleza excepcional de la tramitación de emergencia, que requiere en todo caso una actuación basada en la celeridad de la Administración. Por tanto, no será necesaria la sujeción a los principios de publicidad y concurrencia, ni será obligatoria la tramitación del correspondiente procedimiento de adjudicación.

De ahí que los contratos que se tramiten con el carácter de emergencia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37.1 LCSP, sean los únicos para los que la Ley permite la contratación verbal por la Administración.

*Si bien no será necesario tramitar el correspondiente expediente, sí será preciso cumplir los requisitos exigidos en el propio artículo 120 LCSP, y cumplir los requisitos esenciales del respectivo contrato, como son la fijación del precio, del objeto y el plazo. El Tribunal Supremo se pronunció en este sentido, en su Sentencia de 20 de enero de 1987, al señalar que: "Cuando se acuerde el régimen excepcional para contratar libremente la ejecución de las obras sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en dicha ley, **ello no puede suponer el que se incumplan los requisitos esenciales del respectivo contrato, como son la determinación del precio, el objeto del mismo (precisando la obra concreta a realizar) e incluso, su plazo de vigencia**".*

3. Conclusión

*En virtud de los anteriores razonamientos jurídicos, entendemos que esta entidad actuó adecuadamente, sin quebrantar ninguno de los principios que rigen la contratación pública, pues existía un presupuesto habilitante para recurrir al empleo del procedimiento de emergencia, se dictó resolución motivada por el órgano competente y, finalmente, se adquirieron y entregaron - mediante tres pedidos - mascarillas de protección contra el virus SARS-Cov-2, (**según los precios consultados a varios proveedores**). Luego, no se entiende el contenido de la denuncia, cuando señala que se saltaron todos los trámites legales para favorecer a la empresa [REDACTED] y, en menor medida, el calificado por la persona denunciante como "fraccionamiento irregular".*

Todo lo anterior, teniendo en cuenta el contexto de desabastecimiento generalizado de material sanitario que en aquel momento había en nuestro país."

En síntesis, se pone de manifiesto lo siguiente a juicio de la entidad alegante:

- Se pretende con esta alegación poner de relieve la situación de excepcionalidad vivida en los primeros momentos de la pandemia COVID-19, así como acreditar que la entidad actuó de manera diligente en todo momento.
- Se exponen determinadas normas jurídicas, guías de actuación, y pronunciamientos doctrinales relacionados con la contratación de emergencia.
- En base a todo lo anterior, se considera que la entidad actuó conforme a la normativa y doctrina expuestas, ya que:
 - i. Existía un presupuesto habilitante para recurrir al procedimiento de emergencia.
 - ii. Se dictó resolución motivada por el órgano competente.
 - iii. Se adquirieron y entregaron, mediante tres pedidos, mascarillas de protección, según los precios consultados a varios proveedores.

Al respecto de las anteriores manifestaciones, debe indicarse que la normativa y doctrina expuestas no hace sino reafirmar las conclusiones provisionales establecidas en el Informe Provisional de fecha 6 de febrero de 2023, y ello en base a los siguientes:

1. En base a las Orientaciones de la Comisión Europea sobre el uso del marco de contratación pública en la situación de emergencia relacionada con la crisis COVID-19 (2020/C 108 1/01), publicadas en el Diario Oficial de la Unión Europea, con fecha 1 de abril de 2020, la adjudicación directa (que es el mecanismo empleado por la [REDACTED] en los expedientes analizados) es el mecanismo que debe ser utilizado de forma residual, debiéndose emplear, preferentemente y por dicho orden:

- a. La reducción de plazos en procedimientos abiertos o restringidos.
- b. Un procedimiento negociado sin publicidad.
- c. La adjudicación directa, cuando el proveedor seleccionado "sea el único que pueda proporcionar los suministros necesarios".

La entidad **no ha acreditado la tramitación de otros procedimientos** (abiertos, restringidos, sumarios, simplificados, negociados,...) **con carácter previo a la formalización de la adjudicación directa.**

2. Continúa diciendo dicho documento que *"los compradores públicos pueden también optar por: - dirigirse a los contratistas potenciales dentro y fuera de la UE por teléfono, correo electrónico o en persona;"*.

Si bien por la entidad se aportó copia de diferentes presupuestos de suministro de mascarillas, ya se indicó en el informe provisional que se aportó un presupuesto de la mercantil [REDACTED] de fecha 26 de febrero de 2020, y uno de [REDACTED] de la misma fecha.

No se han aportado explicaciones o argumentos que permitan establecer los motivos de rechazo de la [REDACTED] a los anteriores presupuestos, manifestándose únicamente que *"les resultaba complicado ya que padecían falta de oferta, aumento de precios y dificultades en la obtención del material"*.

Asimismo, el tercer presupuesto aportado es de fecha 1 de junio de 2020, fecha bastante posterior a las contrataciones iniciadas en marzo de 2020, por lo que no puede considerarse para configurar un estudio de mercado suficiente.

Tampoco se ha aportado copia de las respuestas de aceptación o rechazo de los anteriores presupuesto, ni copia de las solicitudes, lo que hubiera sido deseable a fin de fiscalizar adecuadamente la actuación de la entidad.

En definitiva, todo lo anterior no hace más que ratificar la conclusión de la Agencia, expresada en el Informe Provisional.

1º) Respecto a la contratación de empresas cuyo objeto social no está relacionado con el objeto del contrato.

Se concluyó provisionalmente respecto a esta cuestión que, tras la búsqueda en fuentes abiertas y bases de datos, se constata que el objeto social de la mercantil [REDACTED] es el siguiente:

“Actividad CNAE - 1310 - Preparación e hilado de fibras textiles.

Hilados y tejidos de algodón y mezclas. Confección de prendas vestir. Comercio de aparatos y material radioeléctricos, electrónicos, así como venta de sus elementos. Inmobiliaria. Turismo. Hostelería. Investigación. Energías alternativas. Comunicaciones. Actividades socio-laborales.”

De lo que se deducía claramente la **falta de relación de su actividad ordinaria, indicada en el objeto social, con el objeto del suministro de los contratos adjudicados por la [REDACTED]** a saber, el suministro de material de protección de tipo sanitario/laboral “mascarillas KN95/FFP2”.

Al respecto de lo anterior, la entidad alega lo siguiente:

*“Pues bien, en relación a este extremo, consideramos que el órgano de investigación ha formulado una **interpretación excesivamente literal** de los preceptos aplicables a la capacidad de obrar de las empresas que desean contratar con el sector público.*

Si bien es cierto y coincidimos que la falta de capacidad de obrar de una empresa – o cualquier persona – que contrata con el sector público debe conllevar la nulidad del negocio jurídico celebrado, también lo es que, en este caso, no estamos ante un supuesto semejante.

El Informe parece referirse al contenido del artículo 84 de la LCSP, relativo a la acreditación de la capacidad de obrar de los empresarios que fueran personas jurídicas, que dispone que en tal supuesto se acreditará mediante la escritura o documento de constitución, los estatutos o el acto fundacional, en los que consten las normas por las que se regula su actividad, debidamente inscritos, en su caso, en el Registro público que corresponda, según el tipo de persona jurídica de que se trate.

Sentado, pues, que la capacidad específica para contratar de las personas jurídicas deberá deducirse, exclusivamente, de sus estatutos o reglas fundacionales, el TACRC se ha referido en múltiples ocasiones a la comprobación material de este requisito. Siguiendo un criterio ciertamente antiformalista, destaca su resolución n.º 154/2013, en la que se refiere al anterior artículo 57 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público – actual artículo 84 de la LCSP- disponiendo:

“La Ley no exige que haya una coincidencia literal entre el objeto social y el objeto del contrato, entendiéndose que la interpretación del artículo 57.1 debe hacerse en sentido amplio, es decir, considerando que lo que dicho artículo establece es que las prestaciones objeto del contrato deben estar comprendidas entre los fines, objeto y ámbito de actividad de la empresa.”

*Atendiendo a los datos recogidos en el Informe de la Agencia, **consideramos el objeto del contrato pudiera subsumirse dentro de la actividad empresarial referida.”***

Por lo que cabe considerar que la actividad de la empresa relacionada en su objeto social, no proporciona cobertura para la contratación consistente en la importación y exportación de material sanitario.

2º) Respeto a la procedencia de la utilización del procedimiento de emergencia y el cumplimiento de los principios generales de la contratación pública: publicidad, concurrencia y no discriminación.

Se concluyó provisionalmente respecto a esta cuestión que las contrataciones se realizaron en un horizonte temporal que abarcó desde el 27/03/2020 (fecha del primer presupuesto) hasta el 04/05/2020 (fecha de la última entrega de bienes), debido a que la mercantil [REDACTED] no era fabricante del producto suministrado, sino en su condición de exportadora desde el mercado chino, tal y como se ha acreditado en la documentación obtenida en la investigación.

Al respecto de lo anterior, la entidad no formula alegación alguna, por lo que debe elevarse a definitiva la conclusión provisional, en el sentido de que las actuaciones contratadas por adjudicación directa a través del procedimiento de emergencia se realizaron en un horizonte temporal de 1 mes y 8 días naturales.

3º) Respeto a la fijación del precio del contrato y la realización del procedente estudio de mercado.

Se concluyó provisionalmente respecto a esta cuestión que de la documentación analizada no se deduce que por parte de la [REDACTED] se haya procedido a realizar las contrataciones de suministro de mascarillas de protección con respeto de los principios generales de la contratación pública: publicidad, concurrencia y no discriminación, dado que:

- Únicamente se ha acreditado la solicitud de oferta a 3 proveedores, para el periodo comprendido entre febrero y mayo de 2020.
- A pesar de la existencia de una oferta ([REDACTED]) que parecía cumplir con las expectativas de contratación de la [REDACTED] ésta optó por no hacer uso de la misma.
- Tras la contratación inicial en marzo de 2020, no se ha acreditado que se haya seguido realizando consultas o estudios de mercado para las contrataciones de abril y mayo de 2020.
- Si bien se han aportado facturas al respecto del transporte de las mercancías, del análisis de las mismas no se puede constatar la realidad de la existencia de un "aumento" en los costes logísticos vinculados al transporte y exportación de las mercancías desde China, constando al efecto simplemente "manifestaciones genéricas" de la empresa.

Al respecto de lo anterior, la entidad alega lo siguiente:

"Manifestamos nuestro desacuerdo con las conclusiones obtenidas de la interpretación del relato de hechos desarrollados en la conclusión provisional tercera, pues entendemos suficientemente acreditado que la contratación de mascarillas se efectuó de conformidad con las normas que rigen para el expediente de emergencia. Así mismo, queremos subrayar que, dadas las circunstancias

concurrentes, se empleó toda la diligencia posible para obtener el precio por unidad de mascarilla suministrada más bajo.

Señala el informe de la AVAF lo siguiente: (...)

*Cuando se hace referencia a los motivos concretos por los que “no se optó por la contratación con [REDACTED] pues – según la Agencia – se trataba de una oferta que parecía cumplir con las expectativas de la contratación de la [REDACTED] haciéndose constar únicamente que se les indicó que les resultaba complicado ya que padecían “falta de oferta, aumento de precios y dificultades en la obtención del material”, sin que dichos extremos sean acreditados”; **hemos de indicarles que la acreditación de las razones por las que no se eligió esa empresa, se deducen claramente del propio correo electrónico al que hacen referencia, de fecha 26-02-2020, donde se especifica un precio más alto (2,5 €) que el ofertado finalmente por la mercantil [REDACTED] (1,82 €), y que a continuación reproducimos***

(...)

*De todo lo anterior solamente cabe inferir que **esta entidad actuó correctamente, solicitando oferta a varias empresas y optando por la más baja, sin que pueda deducirse de la documentación aportada, que la [REDACTED] no respetó los principios que deben regir en la contratación pública, como son los de publicidad, concurrencia y no discriminación.***

Pues como bien señala el Tribunal de Cuentas en su INFORME DE FISCALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS DE EMERGENCIA CELEBRADOS EN 2020 PARA LA GESTIÓN DE LA SITUACIÓN DE CRISIS SANITARIA OCASIONADA POR EL COVID-19, EN EL ÁMBITO DE AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES, OTRAS ENTIDADES PÚBLICAS Y FUNDACIONES ESTATALES – empleado por la AVAF en su informe provisional

(...)

A mayor abundamiento, el informe nº 17/2019 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado – ya citado – señala lo siguiente:

(...)

Al respecto de las anteriores manifestaciones, debe indicarse que las mismas no desvirtúan el contenido de las conclusiones provisionales establecidas en el apartado 3º del Informe Provisional, por los siguientes motivos:

1. La argumentación de la [REDACTED] resulta contradictoria, cuando defiende, por un lado, la aplicación del procedimiento de emergencia para conseguir “inmediatez” en el suministro de mascarillas y, por otro lado, tal y como se deduce de los hechos, esa inmediatez supone un retraso de más de dos meses entre las primeras peticiones de presupuesto y la última entrega de los suministros. Es lógico pensar que, si la necesidad de la empresa era realmente acuciante, hubiera aceptado la primera oferta disponible, aunque fuera parcialmente, a la vista que no era un precio de mercado desorbitado (aunque el precio unitario ofertado por [REDACTED] era superior al de [REDACTED] era asimismo ostensiblemente inferior al ofertado por el [REDACTED] a fin de obtener un stock mínimo inicial de mascarillas,

mientras continuaba el estudio del mercado a fin de obtener mejores condiciones de precio y tiempos de entrega.

2. En efecto, atendiendo al desarrollo cronológico de los hechos, puede observarse lo siguiente:

a. En fecha 26 de febrero de 2020 se reciben presupuestos de [REDACTED] y del [REDACTED]

b. **No consta las contestaciones de la [REDACTED] sobre la aceptación o rechazo** de los mismos.

c. Hasta el 23 de marzo de 2020, fecha del primer presupuesto de la mercantil [REDACTED], **no consta la realización de ninguna actuación de estudio de mercado por parte de la [REDACTED]** esto es 1 mes después de la recepción de los presupuestos indicados en el apartado a.

d. En fecha 23 de marzo de 2020 se remite el primer presupuesto de la mercantil [REDACTED]. Se desconocen las circunstancias y cauces mediante las cuales se formalizó la petición y la recepción.

e. En fecha 29 de abril de 2020, fecha del último presupuesto de la mercantil [REDACTED], **no consta la realización de ninguna actuación de estudio de mercado por parte de la [REDACTED]**

3. En resumen, desde el inicio de las actuaciones para la contratación de mascarillas en febrero de 2020, y hasta mayo de 2020, únicamente se consultó a tres empresas, dos de ellas el 26 de febrero, y la tercera a finales de marzo de 2020, no constando datos que fundamenten la existencia de la realización de nuevos estudios de mercado entre marzo y mayo de 2020, periodo en el que se adjudicaron los contratos a la mercantil [REDACTED]

4. Al respecto del “aumento” de los precios como consecuencia del incremento en los costes de tipo logístico, no se han acreditado los argumentos o motivos que justifican los mismos.

Por todo ello, las alegaciones deben ser desestimadas, confirmando las conclusiones del informe provisional con respecto a la fijación del precio del contrato y la realización del procedente estudio de mercado.

4º) Respecto al posible fraccionamiento del objeto contractual.

Se concluyó provisionalmente respecto a esta cuestión que cabe considerar que **no se ha justificado adecuadamente la partición o división del objeto contractual** “suministro de

“mascarillas KN95-FFP2” en tres contratos consecutivos entre marzo de 2020 y mayo de 2020, de 204.000 mascarillas, 146.000 mascarillas y 204.000 mascarillas, respectivamente. Al respecto de lo anterior, la entidad alega lo siguiente:

*“Queremos poner de relieve nuestra oposición al razonamiento empleado por la Agencia Valenciana Antifraude acerca de la falta de justificación de la división del objeto contractual, pues, a nuestro juicio, este órgano efectúa una **interpretación incorrecta del artículo 99 de la LCSP**, así como de la doctrina de las Juntas Consultivas sobre la que se fundamenta.*

Literalmente, el Informe concluye lo siguiente: (...)

Efectivamente, la LCSP, establece que no se puede fraccionar un contrato con la finalidad de disminuir su cuantía y de esta manera eludir los requisitos de publicidad o los requisitos relativos al procedimiento de adjudicación que le correspondan (art. 99.2).

Este precepto se completa con lo dispuesto en el artículo 101.4, que establece que la elección del método para calcular el valor estimado no puede hacerse con la intención de dejar de aplicar al contrato las reglas de adjudicación que le corresponderían.

*Con estos preceptos lo que hace la norma es prohibir el fraccionamiento irregular de los contratos para evitar el fraude de ley que comporta. Pero esta prohibición no es absoluta, sino que el **fraccionamiento del contrato, para que sea irregular, debe ir acompañado de la finalidad de disminuir su cuantía y eludir así los requisitos de publicidad y/o los relativos al procedimiento de adjudicación que le correspondan.***

Irregularidad que en el presente caso no tiene razón de ser, pues, siendo cierto que se han celebrado tres contratos con el mismo objeto, su motivación no deriva de la intencionalidad de eludir ningún procedimiento de adjudicación, sino – como hemos acreditado a lo largo de la investigación - de la disponibilidad de las mascarillas por parte del proveedor.

Téngase en cuenta que, independientemente, de que se hubieran celebrado uno o tres contratos de suministro, el procedimiento a emplear hubiera sido exactamente el mismo, por cuanto esta entidad procedía bajo el marco jurídico de un expediente de emergencia, regulado en el artículo 120 LCSP y que dispone lo siguiente:

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 al siguiente régimen excepcional:

“El órgano de contratación, sin obligación de tramitar expediente de contratación, podrá ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida, o 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 tanto, partiendo de las premisas anteriores no se puede concluir que la [REDACTED] quebrantó, con su forma de proceder, los requisitos de ningún procedimiento de adjudicación de los regulados en la Ley, ni que el fraccionamiento del objeto del contrato fuera irregular.

Es decir, difícilmente, en esa situación de excepcionalidad, en el que el objetivo prioritario era adquirir mascarillas en el menor tiempo posible, se hubiera podido recurrir a ninguno de los procedimientos ordinarios contemplados en la legislación de contratos del sector público.”

En síntesis, se alega por la entidad que:

- Que la Agencia interpreta incorrectamente el art. 99 LCSP.
- Que para que un fraccionamiento sea irregular, debe ir acompañado de una intencionalidad de eludir los principios y normas procedimentales de la LCSP.
- Que en este caso, la división de las contrataciones en 3 diferentes, obedece a la falta de disponibilidad de los productos por el proveedor.

Las anteriores manifestaciones no desvirtúan la conclusión provisional 4ª de esta Agencia referente a que no se ha justificado adecuadamente la partición o división del objeto contractual “suministro de mascarillas KN95-FFP2” en tres contratos consecutivos entre marzo de 2020 y mayo de 2020, y ello en base a los siguientes motivos:

a. Ha quedado constatado que en ninguno de los documentos que obran en el expediente se encuentra una explicación razonada y directa de los motivos por los que el objeto contractual único de “suministro de mascarillas” fue dividido en tres contrataciones.

b. Por esta Agencia se solicitó a la [REDACTED] “Justificación de porque el presupuesto inicial n.º 4, de 23-03-20, para la adquisición de 350.000 mascarillas fue posteriormente fraccionado en dos presupuestos (n.º 8, de 27-03-20, para 204.000 mascarillas y n.º 7, de 13-04-20, para 146.000 mascarillas)”, no aportándose por la misma argumentos al respecto en su escrito de fecha 7 de diciembre de 2022, ni tampoco en este momento.

c. La legislación actual permite la contratación de un suministro de bienes “por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente”, por lo que la [REDACTED] pudo haber concertado un único contrato inicial. Evidentemente, ello hubiera supuesto, dada la inexistencia de stock de la mercantil [REDACTED] que la misma hubiera quedado sujeta al precio ofertado en primer lugar, reduciéndose su margen de comisión por las entregas posteriores.

5º) Respecto a la determinación del beneficio del proveedor.

Se concluyó provisionalmente respecto a esta cuestión que el beneficio presuntamente obtenido por la mercantil se cifra por la diferencia entre el coste total en origen para la adquisición de 554.000 mascarillas (935.592,72 €) y el coste total de adquisición por el usuario final ([REDACTED]) que se cifra en 1.287.778,80 €, de lo que **se obtiene un resultado final de “beneficio obtenido” por la empresa proveedora de 352.186,08 € (y que supone un margen para la empresa del 37,64% sobre el coste total de adquisición en origen).**

Al respecto de lo anterior, la entidad alega lo siguiente:

“Consideramos que el método de cálculo del beneficio empresarial parte de un error, al estimar como precio final de adquisición por unidad de mascarilla los importes 2,20 € y 2,40 €. En su lugar, se hubiera debido tomar como referencia las cantidades de 1,82 € y 1,98 € respectivamente.”

Al respecto de las anteriores manifestaciones, procede la estimación de las mismas, procediendo al recalcu excluyéndose el pago del Impuesto sobre el Valor Añadido repercutido por la mercantil [REDACTED] a la [REDACTED] obteniéndose los siguientes cálculos definitivos:

FECHA	OBJETO	CANTIDAD	PRECIO/UD	TOTAL	PRECIO/UD ORIG	TOTAL ORIGEN
31/03/2020	MASCARILLAS FFP2	204.000	1,82 €	371 280,00 €	1,69 €	344.514,29 €
16/04/2020	MASCARILLAS FFP2	146.000	1,98 €	289 080,00 €	1,69 €	246.564,15 €
01/05/2020	MASCARILLAS FFP2	204.000	1,98 €	403 920,00 €	1,69 €	344.514,29 €
		554.000		1.064.280,00 €		935.592,72 €

En conclusión el beneficio presuntamente obtenido por la mercantil se cifra por la diferencia entre el coste total en origen para la adquisición de 554.000 mascarillas (935.592,72 €) y el coste total de adquisición por el usuario final ([REDACTED] que se cifra en 1.064.280,00 €, de lo que **se obtiene un resultado final de “beneficio obtenido” por la empresa proveedora de 128.687,28 € (y que supone un margen para la empresa del 13,75% sobre el coste total de adquisición en origen).**

6º) Respecto a la fiscalización de la entrega material de los bienes.

Se concluyó provisionalmente respecto a esta cuestión que la ausencia de elementos adicionales, como por ejemplo, fotografías de la mercancía, no permite afirmar, con una certeza indiscutible, si el contrato fue cumplido en su integridad, más allá de los certificados de conformidad emitidos por el Sr. [REDACTED]

Al respecto de lo anterior, la entidad alega lo siguiente:

“Tras enumerar los documentos aportados al expediente mediante los que se acreditan todas las operaciones de compra y entrega de las mascarillas de protección, el informe concluye lo siguiente:

(...)

La conclusión referida, inexplicablemente, arroja dudas acerca del cumplimiento del contrato, exigiendo para confirmar la entrega elementos adicionales, como fotografías de la mercancía.

Sin embargo, hemos de señalar que en ningún precepto de la legislación de contratos del sector público, Código Civil o del resto de legislación aplicable en materia de contratación se exige para

entender entregados los bienes objeto de un contrato de suministro, elementos adicionales como fotografías o cualquier otro modo de reproducción de la imagen.”

Al respecto de las anteriores manifestaciones, debe indicarse que las mismas no desvirtúan el contenido de las conclusiones provisionales establecidas en el apartado 6º del Informe Provisional, por los siguientes motivos:

1. Esta Agencia no concluyó la obligatoriedad, legal o reglamentaria, de exigir la existencia de fotografías o similares, para entender cumplido el contrato de suministro y acreditada la entrega.

2. Lo que concluyó esta Agencia es que la inexistencia de elementos adicionales al certificado sobre cumplimiento del contrato del Sr. ■■■ no permitía afirmar ineludiblemente la realidad de la existencia de los bienes y su puesta a disposición de la ■■■■

3. Si bien es cierto que no existe obligatoriedad de contar con medios adicionales coadyuvantes a la comprobación material del suministro, debe indicarse que es recomendable incluir dichos medios adicionales. En este sentido, el modelo de “INSTRUCCIÓN SOBRE LA EJECUCIÓN DE LA COMPROBACIÓN MATERIAL EN EL EJERCICIO DEL CONTROL INTERNO”, del Congreso sobre Control Interno Local 2019, establece que *“los resultados obtenidos de la comprobación material de las obras, servicios, suministros y cualquier tipo de activos asociados al análisis de las operaciones y procedimientos en el ámbito de los controles financieros, se podrán fundamentar mediante memorandos, fotografías, esquemas, diagramas, gráficos, mapas o muestras físicas.”*

OCTAVO.- Conclusiones Finales.

De la investigación efectuada se han constatado los siguientes hechos:

Primera.- Respecto a la contratación de empresas cuyo objeto social no está relacionado con el objeto del contrato, cabe considerar que las alegaciones presentadas consistentes en apreciar de modo amplio el objeto social de la mercantil, no desvirtúan las conclusiones provisionales.

La contratación a empresas para la prestación de servicios o suministros cuya actividad o tráfico mercantil no está directamente relacionada con la indicada prestación puede haber supuesto una infracción a lo dispuesto en los arts. 65 y siguientes 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, por cuanto se ha procedido a contratar los suministros con empresas cuya capacidad y solvencia no ha sido acreditada en los expedientes analizados por esta Agencia.

En este sentido, se pronuncia el “INFORME DE FISCALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA GENERALITAT CON ESPECIAL ÉNFASIS EN LAS

CONTRATACIONES DERIVADAS DEL COVID-19 – ANUALIDAD 2020”, cuando recomienda que *“la elección del contratista debe constar de forma motivada en el expediente, así como la documentación acreditativa de sus condiciones de aptitud y solvencia”*.

Dicha incidencia ha sido puesta de manifiesto también por el Tribunal de Cuentas, en su INFORME DE FISCALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS DE EMERGENCIA CELEBRADOS EN 2020 PARA LA GESTIÓN DE LA SITUACIÓN DE CRISIS SANITARIA OCASIONADA POR EL COVID-19, EN EL ÁMBITO DE AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES, OTRAS ENTIDADES PÚBLICAS Y FUNDACIONES ESTATALES, en el que se pone de relieve lo siguiente:

*“3.3. Un número significativo de las entidades fiscalizadas no han comprobado la capacidad de los adjudicatarios para poder celebrar contratos con el sector público, sin que tampoco hayan exigido que aquellos poseyeran y acreditaran la solvencia económica, financiera y técnica necesaria para que se les adjudicara el correspondiente contrato. Debe tenerse en cuenta, por una parte, que la tramitación de emergencia dispensa de instruir el correspondiente expediente de contratación, rebajando por tanto el nivel de exigencia de la observancia de las formalidades prescritas por la ley en supuestos de tramitación alternativa, pero debe considerarse, por otra, que **la capacidad y la solvencia son exigencias de derecho material cuya dispensación no está expresamente prevista por la Ley para los supuestos en que se aplique la tramitación de emergencia**. En su virtud, este Tribunal de Cuentas entiende que la aceptación por parte de la entidad correspondiente del riesgo de llegar a contratar a una persona sin capacidad jurídica o inhabilitada para contratar con el sector público, o a un empresario que no acreditase en la forma legalmente exigible la solvencia necesaria para atender los compromisos asumidos mediante el contrato, debería haber sido soportada en cada caso mediante la justificación suficiente de que la urgencia de la necesidad objeto de atención era incompatible con la comprobación de la capacidad y de la solvencia del correspondiente adjudicatario, en adecuación de la tramitación de emergencia a los principios de buena gestión (puntos 2.6, 2.30, 2.39, 2.56, 2.65, 2.72, 2.79, 2.91 y 2.102).*”

*En relación con la cuestión de la acreditación de la capacidad y de la solvencia de los contratistas en la tramitación de emergencia, resulta ilustrativo citar el Dictamen 221/2021 del Consejo de Estado, aprobado el 6 de mayo de 2021, en el que recuerda que **“incluso en los supuestos en los que se acude a la contratación de emergencia, la Administración contratante no queda relevada de la obligación de verificar el cumplimiento por los contratistas de los requisitos básicos establecidos en la LCSP para garantizar su capacidad y solvencia, así como para valorar la relación de su actividad con el objeto del contrato que se pretende celebrar”**.*

3.4. Conectado con la anterior conclusión, se han identificado en tres entidades supuestos en los que las prestaciones objeto del correspondiente contrato no formaban parte del objeto social del contratista, lo que supuso contratarle para la realización de prestaciones que no formaban parte de su tráfico mercantil. En estos supuestos resultaba exigible que el órgano de contratación justificase la imposibilidad de celebrar el contrato con empresas en cuyo objeto social se incluyesen las prestaciones objeto de contratación, justificación que no consta en ninguno de los expedientes fiscalizados en los que concurría la circunstancia expuesta. No obstante, consta en los respectivos expedientes que todas las prestaciones comprometidas fueron realizadas, y que se entregaron los suministros adquiridos (puntos 2.7, 2.19 y 2.91).”

Sobre las consecuencias de la falta de objeto social relacionado con el objeto del contrato, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en informe 20/02 de 6 de julio de 2002,

recoge lo siguiente: “Sabido es que **la capacidad de obrar de las personas jurídicas se define por su objeto social**, como expresamente se declara en el artículo 197.1 de la Ley para los contratos de consultoría y asistencia y de servicios al precisar que la finalidad o actividad de la personas física o jurídica **ha de tener relación directa con el objeto del contrato**, pero que también resulta, para los contratos en general, del artículo 15.2 de la misma Ley en cuanto exige que la capacidad de obrar se acredite mediante la escritura o documento de constitución, estatutos o acto fundacional, en los que debe figurar necesariamente el objeto social en cuanto determinante de la capacidad de obrar de las empresas”. Y en noviembre de 2003, la propia Junta afirmaba lo siguiente (informe 32/2003): “la misma conclusión, para todo tipo de contrato, debe obtenerse de las declaraciones genéricas del artículo 15.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ya que al establecer el precepto legal que **la capacidad de obrar de los empresarios que fueren personas jurídicas se acreditará mediante la escritura de constitución o modificación inscrita en el Registro mercantil**” aclarando que ello será así cuando este requisito fuera exigible conforme a la legislación mercantil que le sea aplicable añadiendo que si no lo fuere, la acreditación de la capacidad de obrar se realizará mediante la escritura o documento de constitución, de modificación, estatutos o acto fundacional, en el que constasen las normas por las que se regula su actividad, inscritos, en su caso, en el correspondiente Registro oficial, resulta indudable que, se ponen en conexión, **al regular la capacidad de obrar, el objeto de la persona jurídica con el propio del contrato de que se trate** pudiendo afirmarse que, en definitiva el artículo 15.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece, para todo tipo de contratos, en cuanto a la capacidad de obrar, la misma exigencia que, para los contratos a que se refiere, consagra el artículo 198.1 de la propia Ley”.

Segunda.- Respecto a la procedencia de la utilización del procedimiento de emergencia y el cumplimiento de los principios generales de la contratación pública: publicidad, concurrencia y no discriminación, las contrataciones se realizaron en un horizonte temporal que abarcó desde el 27/03/2020 (fecha del primer presupuesto) hasta el 04/05/2020 (fecha de la última entrega de bienes), debido a que la mercantil [REDACTED] no era fabricante del producto suministrado, sino en su condición de exportadora desde el mercado chino, tal y como se ha acreditado en la documentación obtenida en la investigación.

Las actuaciones contratadas por adjudicación directa a través del procedimiento de emergencia se realizaron en un horizonte temporal de 1 mes y 8 días naturales.

Tercera.- Respecto a la fijación del precio del contrato y la realización del precedente estudio de mercado, de la documentación analizada no se deduce que por parte de la [REDACTED] se haya procedido a realizar las contrataciones de suministro de mascarillas de protección con respeto de los principios generales de la contratación pública: publicidad, concurrencia y no discriminación, dado que:

- Únicamente se ha acreditado la solicitud de oferta a 3 proveedores, para el periodo comprendido entre febrero y mayo de 2020.

- A pesar de la existencia de una oferta (██████████) que parecía cumplir con las expectativas de contratación de la ██████████ ésta optó por no hacer uso de la misma.
- Tras la contratación inicial en marzo de 2020, no se ha acreditado que se haya seguido realizando consultas o estudios de mercado para las contrataciones de abril y mayo de 2020.
- Si bien se han aportado facturas al respecto del transporte de las mercancías, del análisis de las mismas no se puede constatar la realidad de la existencia de un “aumento” en los costes logísticos vinculados al transporte y exportación de las mercancías desde China, constando al efecto simplemente “manifestaciones genéricas” de la empresa.

Cuarta.- Respecto al posible fraccionamiento del objeto contractual, no se ha justificado adecuadamente la partición o división del objeto contractual “suministro de mascarillas KN95-FFP2” en tres contratos consecutivos entre marzo de 2020 y mayo de 2020, de 204.000 mascarillas, 146.000 mascarillas y 204.000 mascarillas, respectivamente.

Quinta.- Respecto a la determinación del beneficio del proveedor, el beneficio presuntamente obtenido por la mercantil se cifra por la diferencia entre el coste total en origen para la adquisición de 554.000 mascarillas (935.592,72 €) y el coste total de adquisición por el usuario final (██████████) que se cifra en 1.064.280,00 €, de lo que se obtiene un resultado final de “beneficio obtenido” por la empresa proveedora de 128.687,28 € (y que supone un margen para la empresa del 13,75% sobre el coste total de adquisición en origen).

Sexta.- Respecto a la fiscalización de la entrega material de los bienes, la ausencia de elementos adicionales, como por ejemplo, fotografías de la mercancía, no permite afirmar, con una certeza indiscutible, si el contrato fue cumplido en su integridad, más allá de los certificados de conformidad emitidos por el Sr. ██████████.

NOVENO.- Calificación Jurídica.

De conformidad con la Resolución n.º 424, del Director de la Agencia de Prevención y Lucha Contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana, de fecha 5 de octubre de 2020, por la que se concreta el ámbito de actuación material de esta Agencia, en los siguientes conceptos:

- a) *Corrupción: Uso o desviación de poder o de recursos de procedencia pública para fines distintos de los concedidos; uso o abuso del poder público para obtener ventajas, beneficios o cualquier otro aprovechamiento particular, propio o de terceros, o para cualquier otro fin contrario al ordenamiento jurídico.*
- b) *Fraude: Acto tendente a eludir una disposición legal de forma engañosa; uso inapropiado y perjudicial de los recursos y activos de una organización, contrario a la verdad y a la rectitud; uso o destino irregular de fondos o patrimonio públicos.*

c) Irregularidades administrativas y comportamientos constitutivos de infracción administrativa o disciplinaria, en los que subyace una situación potencial de fraude o corrupción.

d) Conductas y actividades reprochables por ser contrarias a la objetividad, a la imparcialidad, a la eficacia, a la probidad, a la integridad, a la ética pública y al buen gobierno, así como la realización de gastos superfluos e innecesarios de fondos de procedencia pública, impliquen o no una infracción directa del ordenamiento jurídico positivo.

En el presente caso, el relato incorporado a la denuncia junto con los demás elementos y documentos analizados no permite afirmar que los hechos denunciados son susceptibles de ser constitutivos de fraude o corrupción por cuanto, en principio, se considera que para que exista fraude o corrupción será necesario que se conjuguen los siguientes supuestos:

1. Que exista una actuación en la que un decisor público ejerza funciones públicas, administre o detente efectos presupuestarios, se posean, utilicen o dispongan bienes o derechos de titularidad de las administraciones, o afectos al interés o función pública.
2. Que la actuación no esté amparada por el Derecho de forma que no pueda ser justificada ni explicada de forma legal.
3. Que materialmente exista un resultado contrario al interés público que sea consecuencia de dicha actuación ilegal. Esto es, que se desvíe la acción pública de los intereses generales.
4. Que exista un designio, una consciencia y voluntariedad de estar infringiendo el derecho de forma que el sujeto es consciente de que su actuación tuerce los intereses generales.

Tras el estudio en detalle de la totalidad de la documentación aportada junto con la denuncia y de la documentación obtenida de fuentes abiertas, no se dispone de prueba o indicio del cumplimiento de los anteriores requisitos, y que fundamente la posible existencia de fraude o corrupción.

No obstante lo anterior, esta Agencia considera que se han producido déficits en el adecuado cumplimiento del ordenamiento jurídico administrativo y sus principios generales reguladores de la actuación administrativa pública en materia de contratación pública.

Un acto es inválido cuando está viciado alguno de sus elementos, si bien, según la importancia y trascendencia del vicio de que se trate, la invalidez podrá alcanzar el grado de nulidad, anulabilidad o tratarse de una irregularidad no invalidante.

Los supuestos legales de la nulidad de pleno derecho son, exclusivamente, los contemplados en el artículo 47.1 de la ley 39/2015.

El artículo 48 de la Ley 39/2015 define los actos anulables como aquellos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder y refiere que el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados y que la realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo

establecido sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo.

Por lo tanto, no todas las irregularidades del acto administrativo lo hacen anulable. En este sentido, se consideran irregularidades no invalidantes a aquellos defectos formales que no desarticulen el acto administrativo.

Es decir, si la irregularidad no priva al acto de aquellos requisitos indispensables para que alcance su fin (ni produce indefensión al interesado) no permitirá promover la anulabilidad del mismo (apartado 2 del citado artículo 48).

Analizada la normativa aplicable y vista la documentación obrante en el expediente, se considera que las irregularidades o deficiencias de los procedimientos administrativos detectadas en las actuaciones de análisis e investigación del presente expediente:

Primera.- Respecto a la contratación de empresas cuyo objeto social no está relacionado con el objeto del contrato se califica como un supuesto de nulidad.

De los datos aportados, se califica el hecho de que [REDACTED] haya contratado con una empresa que no han acreditado su capacidad y solvencia para ser contratistas como un vicio de nulidad de pleno de derecho, dado que se ha contratado que carecían de capacidad y solvencia para ellos, adquiriendo derechos cuando se carecían de los elementos esenciales para su adquisición.

Segunda.- Respecto a la procedencia de la utilización del procedimiento de emergencia y el cumplimiento de los principios generales de la contratación pública: publicidad, concurrencia y no discriminación, constatándose que las actuaciones contratadas por adjudicación directa a través del procedimiento de emergencia se realizaron en un horizonte temporal de 1 mes y 8 días naturales, se considera una irregularidad no invalidante.

Tercera.- Respecto a la fijación del precio del contrato y la realización del precedente estudio de mercado, constatándose que únicamente se ha acreditado la solicitud de oferta a 3 proveedores, para el periodo comprendido entre febrero y mayo de 2020, a pesar de la existencia de una oferta [REDACTED] que parecía cumplir con las expectativas de contratación de la [REDACTED] optándose por no hacer uso de la misma, y sin acreditarse que se haya seguido realizando consultas o estudios de mercado para las contrataciones de abril y mayo de 2020, se considera una irregularidad no invalidante.

Cuarta.- Respecto al posible fraccionamiento del objeto contractual, constatándose que no se ha justificado adecuadamente la partición o división del objeto contractual "suministro de mascarillas KN95-FFP2" en tres contratos consecutivos entre marzo de 2020 y mayo de 2020, de 204.000 mascarillas, 146.000 mascarillas y 204.000 mascarillas, respectivamente, se considera una irregularidad no invalidante.

Quinta.- Respecto a la determinación del beneficio del proveedor, el beneficio presuntamente obtenido por la mercantil se cifra por la diferencia entre el coste total en origen para la adquisición de 554.000 mascarillas (935.592,72 €) y el coste total de adquisición por el usuario final [REDACTED] que se cifra en 1.064.280,00 €, de lo que se

obtiene un resultado final de “beneficio obtenido” por la empresa proveedora de 128.687,28 € (y que supone un margen para la empresa del 13,75% sobre el coste total de adquisición en origen), se considera una irregularidad no invalidante.

Sexta.- Respecto a la fiscalización de la entrega material de los bienes, la ausencia de elementos adicionales, como por ejemplo, fotografías de la mercancía, no permite afirmar, con una certeza indiscutible, si el contrato fue cumplido en su integridad, más allá de los certificados de conformidad emitidos por el Sr. ■■■■■, se considera una irregularidad no invalidante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Conclusión de las actuaciones

El artículo 16 de la Ley 11/2016 dice que finalizada la tramitación, el director o directora de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción en la Comunitat Valenciana:

1. Deberá emitir un informe motivado sobre las conclusiones de las investigaciones, que deberá tramitar el órgano que corresponda en cada caso, el cual, posteriormente y en el plazo que se haya establecido en el informe, deberá informar al director o la directora de la agencia sobre las medidas adoptadas o, en su caso, los motivos que le impiden actuar de acuerdo con las recomendaciones formuladas.

2. Finalizará el procedimiento, en su caso, con archivo de las actuaciones. El archivo será comunicado al denunciante o solicitante en escrito motivado.

3. Iniciará un procedimiento sancionador de conformidad con lo dispuesto en esta ley.

4. Si en el curso de las actuaciones emprendidas por la agencia se observan indicios de que se hayan cometido infracciones disciplinarias, el director o la directora de la agencia lo deberá comunicar al órgano que en cada caso corresponda. Si hay indicios de que hayan tenido lugar conductas o hechos presumiblemente constitutivos de delito, se trasladará de forma inmediata al ministerio fiscal o a la autoridad judicial y, en caso de que se pueda derivar una posible responsabilidad contable, se trasladará a la jurisdicción del Tribunal de Cuentas.

5. La agencia puede dirigir recomendaciones motivadas a las administraciones y a las entidades públicas en que se sugiera la modificación, la anulación o la incorporación de criterios con la finalidad de evitar las disfunciones o las prácticas administrativas susceptibles de mejora, en los supuestos y las áreas de riesgo de conductas irregulares detectadas.

6. Si la relevancia social o la importancia de los hechos que hayan motivado la actuación de la agencia lo requieren, el director o la directora puede presentar

a la comisión parlamentaria correspondiente, a iniciativa propia o por resolución de Les Corts, el informe o los informes extraordinarios que correspondan.

SEGUNDO. Informe Final de Investigación

Se regula en el art. 39 de la Resolución de 27 de junio de 2019, del director de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana, por la que se aprueba Reglamento de funcionamiento y régimen interior de esta, en desarrollo de la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Generalitat.

Artículo 39. Informe final de investigación

- 1. Concluidas las actuaciones de investigación, se elaborará un informe final en el que se detallarán sus resultados, contemplando los hechos y circunstancias constatados, las personas que hayan participado, colaborado o intervenido en los mismos, y su posible calificación jurídica, así como las posibles responsabilidades.*
- 2. El informe final de investigación será suscrito por la Agencia y en él se recogerán las alegaciones formuladas por las personas que pudieran resultar implicadas individualmente en los hechos objeto de investigación.*
- 3. Este informe final será comunicado a la persona que denunció los hechos que dieron lugar a la investigación, salvo que se exija el mantenimiento del secreto en aras al buen fin de la investigación en la Agencia o en otro órgano.*

TERCERO. Finalización del procedimiento de investigación.

Se regula en el art. 40 de la Resolución de 27 de junio de 2019, del director de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana, por la que se aprueba Reglamento de funcionamiento y régimen interior de esta, en desarrollo de la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Generalitat.

“Artículo 40. Finalización del procedimiento de investigación

1. Una vez finalizada la tramitación del expediente de investigación y sobre la base del informe final de investigación a que se refiere el artículo anterior, el director o directora de la Agencia, mediante resolución motivada podrá acordar:

- a) El archivo de las actuaciones de investigación, que será comunicado a los denunciantes o solicitantes. Si se constatan datos, elementos o circunstancias determinantes de los que no se tenía conocimiento en el momento de acordar el archivo del expediente de investigación, podrá acordarse su reapertura.*
- b) La formulación de todas aquellas recomendaciones conducentes a la adopción de las medidas que se estimen convenientes, pudiendo sugerir la modificación, la anulación o la incorporación de criterios con la finalidad de***

evitar disfunciones o prácticas administrativas susceptibles de mejora, en los supuestos y las áreas de riesgo de las conductas irregulares detectadas.

c) Si se observan indicios de que se hayan cometido infracciones disciplinarias u otros hechos sancionables de acuerdo con la normativa sectorial, se comunicará al órgano competente.

d) Si se advierten acciones u omisiones de las previstas en los artículos 17 y siguientes de la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Generalitat, se propondrá el inicio del procedimiento sancionador correspondiente.

e) En caso de que se pueda derivar una posible responsabilidad contable, se dará traslado a la jurisdicción del Tribunal de Cuentas.

f) Si hay indicios de conductas o hechos presumiblemente constitutivos de delito, se dará traslado de forma inmediata al Ministerio Fiscal o a la autoridad judicial.

2. Los informes de investigación, las resoluciones motivadas que pongan fin al procedimiento de investigación y los que tengan naturaleza de recomendación o de remisión de las actuaciones al órgano competente, no son susceptibles de recurso, puesto que no declaran de manera definitiva la existencia de responsabilidad, ni la vulneración del ordenamiento jurídico, ni deciden el fondo del asunto. Tampoco las comunicaciones o requerimientos que se realicen en el marco del procedimiento de investigación pueden ser objeto de recurso. Todo ello sin perjuicio del respeto al derecho de defensa y al derecho de acceso a la información de conformidad con lo dispuesto en la legislación vigente.

3. En el supuesto de que la relevancia social o la importancia de los hechos que han motivado las actuaciones de la Agencia lo requieran, la directora o director podrá presentar a la comisión parlamentaria correspondiente, a iniciativa propia o por resolución de les Corts, el informe o los informes extraordinarios que correspondan.

4. La Agencia comprobará que las autoridades competentes aplican las medidas administrativas, financieras, legislativas o disciplinarias que les ha recomendado, realizando su seguimiento mediante las actuaciones que considere adecuadas. A tal efecto, la Agencia puede dirigir recordatorios a la máxima autoridad del organismo afectado y solicitarle la remisión de un plan de implementación de las recomendaciones formuladas en el que se detallen las acciones, los plazos y las personas responsables de cada una de las actuaciones que hay que llevar a cabo, o bien las razones que le impiden adoptar las medidas propuestas.

5. En caso de que las autoridades afectadas no apliquen las recomendaciones propuestas ni justifiquen su inaplicación, la Agencia debe hacerlo constar en la memoria anual o en un informe extraordinario a les Corts, según corresponda. En cualquier caso, antes de hacer constar expresamente el incumplimiento, la Agencia debe comunicarlo, con la propuesta de memoria o informe, a la persona u órgano afectados a fin de que aleguen lo que crean conveniente.”

CUARTO. Normativa específica.

-Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

-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.

- Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

- Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento General de la Ley de Contratos.

- Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

- Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el sector público.

- Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

- Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2.

- Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19.

- Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

- Decreto 7/2020, de 28 de marzo, del presidente de la Generalitat, por el que se crea la comisionada de la Presidencia de la Generalitat para la coordinación de los suministros de la Generalitat frente a la infección de COVID-19 en la Comunitat Valenciana. Modificado por el Decreto 8/2020, de 13 de junio.

- Acuerdo de 20 de marzo de 2020, del Consell, sobre control financiero permanente en sustitución de la intervención previa como consecuencia de la pandemia por el COVID-19.

- Resolución de 28 de marzo de 2020, de la consellera de Sanidad Universal y Salud Pública, por la que se delegan en la comisionada de la Presidencia de la Generalitat para la coordinación de los suministros de la Generalitat frente a la infección de COVID-19 en la Comunitat Valenciana las facultades ordinarias de contratación referidas a aquellos contratos que estén estrechamente vinculados a los hechos justificativos de la declaración del estado de alarma.

- Resolución de 6 de julio de 2020, de la consellera de Sanidad Universal y Salud Pública, por la que se delegan en la comisionada de la Presidencia de la Generalitat para la coordinación de los suministros de la Generalitat frente a la infección de COVID-19 en la Comunitat Valenciana determinadas facultades en materia de contratación referidas a aquellos contratos que sean estrictamente necesarios para hacer frente a la infección de COVID-19 en la Comunitat Valenciana.

En razón a todo lo expuesto

RESUELVO

PRIMERO.- Resolver las alegaciones presentadas por la [REDACTED] dependiente de la Generalitat Valenciana, en el trámite de audiencia, desestimado todas ellas salvo la referente a la estimación del beneficio del proveedor y la inclusión del IVA de conformidad con los hechos y fundamentos descritos en el cuerpo del presente, finalizando la investigación y en consecuencia elevar las **CONCLUSIONES FINALES** que constan en el apartado **OCTAVO** del análisis de los hechos.

SEGUNDO.- Formular las siguientes **RECOMENDACIONES**, que deberá atender y tramitar la [REDACTED] dependiente de la Generalitat Valenciana:

Primera.- Que por la entidad se dicten las instrucciones internas que sean precisas en orden a que por los diferentes órganos gestores en materia de contratación de la entidad se deje constancia formal por escrito de que las contrataciones se ajustan a precios de mercado y los argumentos objetivos que así lo acrediten o, en su defecto, de las razones o motivos basados en el interés general que justifican la contratación no basada en precios de mercado. En este sentido:

- Deberá constar la solicitud de ofertas a más de una empresa, lo constituirá una buena práctica al objeto de adecuar la tramitación excepcional de emergencia a los principios de libre competencia y de selección de la oferta económicamente más ventajosa.

- Salvo en los supuestos en los que la emergencia fuera tal que la finalidad del contrato pudiera verse comprometida, resultaría aconsejable que los órganos de contratación solicitasen ofertas de diferentes licitadores, y, en su caso, negociasen los términos del contrato susceptibles de ello, procurando proveerse, en los supuestos en que ello resultase posible, de referencias de los precios habituales de mercado de los bienes y servicios objeto de contratación.

Segunda.- Que por la entidad se dicten las instrucciones internas que sean precisas en orden a que por los diferentes órganos gestores en materia de contratación de la entidad se deje constancia formal por escrito de:

- En los expedientes debe constar la exposición razonada de los motivos por los cuales no es posible resolver la situación mediante otros procedimientos menos restrictivos, como la tramitación urgente del expediente o el procedimiento negociado sin publicidad por razón de imperiosa urgencia.

- En los expedientes debe indicarse que la actividad contratada se limita a lo estrictamente indispensable para prevenir y remediar los daños derivados de la situación de emergencia y que no se prolongará fuera de tal situación.

- En los expedientes de suministro consecutivo por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente, se realicen en un único expediente o, en su defecto, se deje constancia de los argumentos objetivos por los que no es posible dicha celebración conjunta.

- En los expedientes debe formalizarse la ordenación de las contrataciones, a fin de verificar el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 120.1.c) de la LCSP y, por tanto, su adecuada tramitación mediante el procedimiento excepcional de emergencia.

Tercera.- Que por la entidad se dicten las instrucciones internas que sean precisas en orden a que por los diferentes órganos gestores en materia de contratación de la entidad:

- Se realicen actuaciones adicionales a la conformación de albaranes y certificación del responsable del contrato, a fin de realizar la adecuada comprobación material de la realidad de la inversión, a través de memorandos, fotografías, esquemas, diagramas, gráficos, mapas o muestras físicas, una adecuada gestión de inventario, o cualesquiera otros métodos que se consideren suficientes para tal fin.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 40 del Reglamento de la Agencia se solicita la remisión de un plan de implementación por parte de la [REDACTED] dependiente de la Generalitat Valenciana para dar cumplimiento a las recomendaciones formuladas en el que se detallan las acciones, los plazos y las personas responsables de cada una de las actuaciones que hay que llevar a cabo, o bien las razones que le impiden adoptar las medidas propuestas.

Se concede un plazo de **TRES MESES** desde la recepción de la presente resolución para remitir los acuerdos dictados en cumplimiento de la misma, a la Dirección de Análisis e Investigación de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana.

CUARTO.- Notificar la resolución que pone fin al procedimiento de investigación a la persona alertadora y a la entidad denunciada.

En virtud de lo establecido en el artículo 40.2 del Reglamento de funcionamiento y régimen interior de la Agencia de 27 de junio de 2019 (DOGV núm. 8582, de 2.07.2019) que expresamente regula, "(...) **las resoluciones motivadas que pongan fin al procedimiento de investigación y los que tengan naturaleza de recomendación o de remisión de las actuaciones al órgano competente, no son susceptibles de recurso, puesto que no declaran de manera definitiva la existencia de responsabilidad, ni la vulneración del ordenamiento jurídico, ni deciden el fondo del asunto. Tampoco las comunicaciones o requerimientos que se realicen en el marco del procedimiento de investigación pueden ser objeto de recurso. Todo ello sin perjuicio del respeto al derecho**

de defensa y al derecho de acceso a la información de conformidad con lo dispuesto en la legislación vigente.

Así como lo dispuesto en el artículo 16.2 de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, y el artículo 20.4 de la misma ley que regula expresamente **“las decisiones adoptadas por la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I, en las presentes actuaciones no serán recurribles en vía administrativa ni en vía contenciosa administrativa, (...)”**

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno, sin perjuicio de las alegaciones que puedan formular los interesados, a efectos de su consideración durante la fase de conclusión de seguimiento en su caso, y todo ello, sin perjuicio del respeto al derecho de defensa y al derecho de acceso a la información de conformidad con lo dispuesto en la legislación vigente.

DOCUMENTO FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE