



EB 2020/016

Resolución 041/2020, de 26 de febrero, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa DIVERSEY ESPAÑA, S.L. contra la adjudicación del contrato “Suministro de material de desinfección e higiene (lote 5)”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 29 de enero de 2020 se presentó en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa DIVERSEY ESPAÑA, S.L. (en adelante, DIVERSEY) contra la adjudicación del contrato “Suministro de material de desinfección e higiene (lote 5)”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO El mismo día 29 de enero este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, el informe al que se refiere el artículo 56.2 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 (en adelante, LCSP). Dicha documentación se recibió el día 5 de febrero.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 14 de febrero, el día 20 de febrero se recibieron las alegaciones de TEXTIL PLANAS OLIVERAS, S.L. (en adelante, TEXPOL), adjudicatario impugnado.





II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación del recurrente y la representación de D.A.L.P. y D.A.B.N., que actúan en su nombre.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de suministros cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

Conforme al art. 44.2 c) de la LCSP son impugnables los acuerdos de adjudicación de los contratos, sin perjuicio de lo que se dirá en el Fundamento jurídico octavo.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, Osakidetza tiene la condición de poder adjudicador, concretamente de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Argumentos del recurso

Los argumentos del recurso son, en síntesis, los siguientes:



- a) DIVERSEY accedió al expediente y comprobó que la adjudicataria (TEXPOL) comunicó al poder adjudicador que el producto ofertado y por el que resultó adjudicataria está descatalogado y pide a Osakidetza que acepte otro producto, equivalente al inicialmente propuesto, adjuntando la documentación técnica correspondiente.
- b) El producto sucedáneo incumple el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) porque contiene Ethanol (alcohol etílico).
- c) Finalmente, se solicita la exclusión de la oferta de TEXPOL y la adjudicación del contrato a la empresa que, cumpliendo el pliego, ha presentado la mejor oferta.

SÉPTIMO: Alegaciones de TEXPOL

La adjudicataria impugnada alega lo siguiente:

- a) No se ha actuado con mala fe porque la empresa conoció que el producto inicialmente ofertado había sido descatalogado con posterioridad a la adjudicación.
- b) El producto ofrecido como alternativa al descatalogado no contienen alcohol, mejor dicho, solo contienen un 0,01 % de etanol, pero no como sustancia por separado, sino como parte de la sustancia Alkyl (C216).

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador muestra su conformidad con el recurso y propone el allanamiento en el informe de respuesta al recurso, suscrito por el órgano de contratación; finalmente, solicita la nulidad de la adjudicación impugnada, la exclusión de la oferta de TEXPOL y la adjudicación del contrato a la recurrente.



NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, el primer fundamento de la impugnación es que, por un lado, se han alterado los términos de la adjudicación porque TEXPOL ha sustituido el producto en virtud del cual fue designado adjudicatario por otro distinto; debe señalarse que todos los interesados están de acuerdo en este punto, si bien TEXPOL expresa que dicho cambio no se realizó de mala fe. El otro motivo del recurso es el incumplimiento por este segundo producto del requerimiento de no contener alcohol, exigido por el PPT.

A continuación, se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO sobre todo ello.

a) Sobre la aceptación por el poder adjudicador de los argumentos del recurso

Procede, en primer lugar, analizar las consecuencias de las alegaciones del órgano de contratación (suscritas por su titular), pues implican un reconocimiento de los argumentos de la recurrente y expresamente se autocalifican como “escrito de allanamiento”. El efecto de dicho reconocimiento no está expresamente previsto en la LCSP ni en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de aplicación supletoria. Por ello, procede, por analogía, acudir al artículo 75 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, que regula la figura del allanamiento del demandado y que, según su apartado segundo, implica el dictado de la resolución de conformidad con la pretensión del recurrente, siempre que se adopte el correspondiente acuerdo por el órgano competente con arreglo a los requisitos exigidos por las leyes o reglamentos respectivos, salvo si ello supusiere infracción manifiesta del ordenamiento jurídico.



b) Sobre la alteración de la oferta del adjudicatario

Analizada la cuestión, se observa que consta en el expediente un escrito de TEXPOL (correo electrónico de 13 de enero) en el que solicita al poder adjudicador que acepte el cambio de la referencia adjudicada (Ref. 9030.07, AlphaGuard GF) por otro producto equivalente (Ref 9030.13, BetaGuard RFU); la razón sería la imposibilidad de suministrar el producto original. No consta en el expediente un acto en el que Osakidetza acceda expresamente a la citada alteración. Tampoco se acredita que la adjudicación, acto formalmente impugnado, estuviera afectado de un vicio de invalidez en el momento en el que se dictó (en particular, no se conoce exactamente si cuando se presentó la oferta el producto estaba ya descatalogado y por lo tanto la proposición tenía un contenido imposible, si bien parece la opción más probable) o si la imposibilidad de suministrar el producto es sobrevenida a la citada presentación; en este último caso, la adjudicación sería un acto válido pero que habría devenido ineficaz. En cualquiera de los dos casos, el efecto útil del recurso especial impide que pueda adjudicarse (o, en su caso, formalizarse y, por lo tanto, perfeccionarse) un contrato con una oferta cuyo imposible cumplimiento, como en este caso, está suficientemente demostrada y admitida por el adjudicatario, en perjuicio de otro licitador que sí propone un suministro, en principio, viable. Asimismo, debe recordarse que la LCSP prohíbe la negociación de las proposiciones en el procedimiento abierto (artículo 156.1 de la LCSP) y que el documento de formalización del contrato incorpore contenidos diferentes de los concretados en la oferta del adjudicatario (artículo 35.2 de la LCSP). Consecuentemente, el recurso debe estimarse, anulando el acto impugnado, ordenando la retroacción de actuaciones al momento anterior a la adjudicación y excluyendo la oferta de TEXPOL.

c) Conclusión

A la vista de lo anterior, el recurso debe estimarse; la aceptación del primer motivo impugnatorio implica la aceptación íntegra de la pretensión porque



supone la anulación de la adjudicación y la retroacción del procedimiento al objeto de que, tal y como solicita la recurrente, se adjudique el contrato a la empresa que cumpliendo el pliego haya presentado la mejor oferta de acuerdo con los criterios de adjudicación fijados en los pliegos rectores, por lo que no es necesario que este Órgano se pronuncie sobre el otro motivo de recurso.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa DIVERSEY ESPAÑA, S.L. contra la adjudicación del contrato “Suministro de material de desinfección e higiene (lote 5)”, tramitado por Osakidetza, anulando la adjudicación, ordenando la retroacción de actuaciones hasta el momento inmediatamente anterior a la misma, y excluyendo la oferta de TEXPOL.

SEGUNDO: Levantar la suspensión de la ejecución del acto impugnado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

TERCERO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

CUARTO: De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al órgano de contratación para que dé conocimiento al OARC / KEAO de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.



QUINTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2020ko otsailaren 26a

Vitoria-Gasteiz, 26 de febrero de 2020