



Consejo Consultivo de Canarias

## DICTAMEN 499/2021

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 19 de octubre de 2021.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de declaración de nulidad de la Resolución n.º 225, de fecha 4 de febrero de 2021, por la que se adjudica el contrato de suministro de agua de consumo humano embotellada, sin gas y de mineralización débil, con destino a los centros sanitarios adscritos a la Gerencia de Servicios Sanitarios del Área de Salud de Lanzarote mediante procedimiento abierto de adjudicación y tramitación ordinaria, en relación con la adjudicación del Lote 2, realizada a favor de la empresa (...) (EXP. 483/2021 RO)\*.*

## FUNDAMENTOS

### I

1. Mediante escrito de 20 de septiembre de 2021 (registro de entrada en este Consejo Consultivo de 23 de septiembre de 2021), el Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias interesa de este Consejo Consultivo preceptivo dictamen en relación con la Propuesta de Resolución del procedimiento de declaración de nulidad de la adjudicación del Lote 2 del contrato administrativo de suministro de agua de consumo humano embotellada, sin gas y de mineralización débil, con destino a los Centros Sanitarios adscritos a la Gerencia de Servicios Sanitarios del Área de Salud de Lanzarote, realizada a favor de la empresa (...).

2. La legitimación para solicitar la emisión del Dictamen de este Consejo Consultivo le corresponde al Consejero de Sanidad, según lo dispuesto en el art. 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias.

3. En lo que se refiere al Derecho procedimental aplicable, resultan de aplicación las normas de procedimiento vigentes en el momento de inicio del

---

\* Ponente: Sr. Suay Rincón.

expediente administrativo encaminado a la revisión de oficio de la actuación administrativa.

La propia 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 el Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) en su art. 41.1 remite a la legislación administrativa general prevista en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP) en lo que se refiere al procedimiento de revisión de oficio («*La revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos se efectuará de conformidad con lo establecido en el Capítulo I del Título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*»). De tal manera, que las normas de procedimiento a observar en esta materia son las comprendidas en los arts. 106 y ss. LPACAP [Disposición transitoria tercera, apartado b) LPACAP].

En el presente supuesto, el procedimiento de revisión de oficio se incoó mediante acuerdo adoptado por Resolución de la Gerencia de Servicios Sanitarios n.º 903, de 27 de abril de 2021, por lo que resultan de aplicación las normas que sobre procedimiento aparecen recogidas en el art. 106 LPACAP [ex arts. 41.1 y disposición transitoria primera, apartado 4.º LCSP, en relación con la disposición transitoria tercera, apartado b) LPACAP].

4. En lo que se refiere a la normativa aplicable a las causas de nulidad, por otro lado, se ha de traer a colación lo ya manifestado por este Organismo en diversos dictámenes (*v. gr.* Dictamen 354/2020, de 24 de septiembre), al indicar que la determinación de las causas de nulidad debe hacerse con arreglo a la Ley vigente cuando se dictó el acto cuya revisión de oficio se pretende. Así, resulta especialmente ilustrativo a este respecto lo expuesto, entre otros, en el Dictamen 156/2017, de 11 de mayo (Fundamento III, apartado primero):

*«Antes de abordar el análisis de las causas de nulidad alegadas conviene recordar que un acto administrativo es inválido si se produce contraviniendo las normas preexistentes y vigentes que regulan su elaboración y predeterminan su contenido. De ahí que el parámetro para establecer su validez o invalidez esté constituido exclusivamente por las normas vigentes al tiempo de dictarse y no por las normas posteriores que las hayan derogado o desplazado su aplicación, porque es obvio que la Administración no está vinculada por normas derogadas ni por normas inexistentes en el momento de dictar el acto. Por consiguiente, para apreciar si (la) OD 70/2004 incurre en causa de nulidad se debe atender al*

*art. 62 y concordantes LRJAP-PAC, que estaba vigente a la fecha en que se dictó; y no a los preceptos de la LPACAP, con independencia de que reproduzcan el contenido de aquéllos».*

Partiendo de cuanto se lleva expuesto, y teniendo en cuenta la fecha en que fue dictado el acto de adjudicación cuya revisión de oficio ahora se pretende, que se realizó (Resolución de la Gerencia de Servicios Sanitarios del Área de Salud de Lanzarote el 4 de febrero de 2021), se ha de concluir que las causas de nulidad a las que se debe atender en nuestro análisis jurídico son asimismo las previstas en el art. 47 LPACAP, por tratarse de la norma vigente en el momento de emisión del acto que ahora se pretenden anular.

5. El órgano competente para resolver el presente procedimiento es la Dirección de la Gerencia de los Servicios Sanitarios de Lanzarote, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 16 y 28 del Decreto 32/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Canario de la Salud, en relación con el art. 10 del Decreto 32/1997, de 6 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento Regulator de la Actividad Económico Financiera del Servicio Canario de la Salud.

6. En lo que se refiere al plazo máximo para resolver, se entiende que el presente procedimiento administrativo de revisión de oficio no está caducado. Respecto a esta cuestión, el art. 106.5 LPACAP prevé que *«cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá la caducidad del mismo».*

En el supuesto analizado, el procedimiento de revisión se incoó de oficio el día 27 de abril de 2021, por lo que no se ha superado el plazo legal de los seis meses establecido en dicho art. 106.5 LPACAP.

## II

1. En cuanto a los antecedentes relativos al presente procedimiento constan los siguientes:

- Por Resolución n.º 225 de la Gerencia de Servicios Sanitarios del Área de Salud de Lanzarote, de 4 febrero de 2021, se adjudicó el contrato de suministro de agua de consumo humano embotellada, sin gas y de mineralización débil, con destino a los Centros Sanitarios adscritos a la Gerencia de Servicios Sanitarios del Área de Salud de Lanzarote, 52/S/20/SU/GE/A/019, adjudicándose el Lote 1 a la empresa (...), provista de CIF (...), por un presupuesto máximo de adjudicación de 34.800 € (exento

de IGIC), y el Lote 2 a la empresa (...), por un presupuesto máximo de 68.404,40 € (exento de IGIC).

- El 22 de febrero de 2021 se formalizaron los correspondientes contratos con las empresas que resultaron adjudicatarias del procedimiento, que tendrá una duración de cuarenta y ocho meses a partir del 1 de abril de 2021.

- El 12 de abril de 2021 se recibió en la Unidad de Registro de la Gerencia de Servicios Sanitarios del Área de Salud de Lanzarote escrito de la empresa (...), en virtud del cual, entre otras cuestiones, se pone en conocimiento de la Gerencia que el producto suministrado por el licitador adjudicatario del Lote 2 no cumple con lo exigido en el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT), pues en el mismo se exigen botellas de entre 18-21 litros y las que el adjudicatario está suministrando son de 8 Litros.

- El 13 de abril de 2021 se emite informe por el responsable del contrato en el que se señala:

*« (...) III.- El pasado 5 de abril de 2021, la empresa adjudicataria del Lote 2, (...), comienza con el suministro de las garrafas de agua y con la colocación de sus correspondientes máquinas dispensadoras, detectándose que las máquinas dispensadoras son para garrafas de agua de 8 litros, y las correspondientes garrafas también son 8 Litros.*

*IV.- Que en calidad de responsable del contrato y en cumplimiento de las funciones que como tal tengo encomendadas, procedo a la revisión lo dispuesto en el pliego de prescripciones técnicas que rige el expediente, así como a la revisión de la documentación técnica presentada por la licitadora adjudicataria del lote 2, (...), deteniéndose que la empresa licitadora en oferta técnica ofertó garrafas de agua de 8 Litros, cuando en la cláusula 1 del Pliego de Prescripciones Técnicas, que describe el objeto del contrato, se solicitaba que las garrafas fueran de 18 a 21 litros.*

*V.- Que atendiendo a lo dispuesto se procede a la revisión del informe de valoración técnica emitido en el expediente, que data de fecha 1 de julio de 2020 y se detecta que se ha producido un error en el mismo, toda vez que se dispone que las empresas licitadoras cumplen con el pliego de prescripciones técnicas, cuando realmente la oferta presentada por la empresa licitadora (...) Para el Lote 2, no cumple con el pliego de prescripciones técnicas.*

*VI.- A la vista de lo anteriormente expuesto, se pone en conocimiento que se ha producido un error en la adjudicación del Lote 2 a la empresa (...), toda vez que se ha comprobado que la oferta presentada por la misma al Lote que resultó adjudicataria, no cumple con el Pliego de Prescripciones Técnicas».*

2. En lo que a la tramitación del procedimiento de revisión de oficio se refiere, constan las siguientes actuaciones:

- En virtud del informe referido, por Resolución de la Gerencia de Servicios Sanitarios del Área de Salud de Lanzarote n.º 903, de 27 de abril de 2021, se acordó iniciar expediente administrativo de revisión de oficio de la Resolución n.º 225, de fecha 4 de febrero de 2021, por la que se adjudica el contrato de suministro de agua de consumo humano embotellada, sin gas y de mineralización débil, con destino a los centros sanitarios adscritos a la Gerencia de Servicios Sanitarios del Área de Salud de Lanzarote mediante procedimiento abierto de adjudicación y tramitación ordinaria, expediente 52/s/20/su/ge/a/019, en relación con la adjudicación del Lote 2 del mismo, adjudicado a la empresa (...), al ponerse de manifiesto que el citado acto se encuentra viciado de nulidad, conforme a lo dispuesto en el art. 47.f) LPACAP. Asimismo, se acuerda como medida cautelar la suspensión de la ejecución del contrato y se concede el preceptivo trámite de audiencia a la contratista.

- El 6 de mayo de 2021, la contratista presentó escrito de alegaciones por las que se opone a la resolución del contrato, manifestando en ellas, en síntesis, la no idoneidad del formato propuesto en la licitación al indicar que el material de fabricación de los envases de las garrafas de 18 y 21 litros, solicitadas en la licitación, es el policarbonato, cuyo uso, se sostiene, está prohibido para uso de envases de consumo de bebés y niños de corta edad en España. Por tal razón se justifica en las alegaciones que la contratista ofertó en la licitación garrafas de 8 litros.

- El 1 de junio de 2021 se emite por la Gerencia de Servicios Sanitarios Área de Salud de Lanzarote, informe de contestación a las alegaciones de la contratista con el contenido que obra en el expediente.

- El 14 de septiembre de 2021 se emite informe favorable por el Servicio Jurídico a la revisión pretendida, emitiéndose, sin que conste fecha, Propuesta de Resolución, en forma de Borrador de Resolución, que se remite a este Consejo para su preceptivo dictamen.

### III

1. La Propuesta de Resolución, correctamente, desestima las alegaciones de la entidad contratista, y declara la nulidad de la adjudicación del Lote 2 del contrato de suministro de agua de consumo humano embotellada, sin gas y de mineralización débil, con destino a los centros sanitarios adscritos a la Gerencia de Servicios

Sanitarios del Área de Salud de Lanzarote al incurrir en la causa de nulidad del art. 47.1.f) LPACAP, pues, según señala la Propuesta de Resolución:

*«En el caso que nos ocupa, se ha puesto de manifiesto que la adjudicación del Lote 2 al licitador (...), no resultó conforme a derecho, pues se ha constatado con el escrito de otro de los licitadores, así como con el informe emitido por el responsable del contrato, que el producto que suministra el adjudicatario no cumple con los requisitos mínimos exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas, toda vez que suministra garrafas de 8 litros, cuando se exigía que las mismas debían ser entre 18-21 litros. Esto supone que el acto de adjudicación del Lote 2 se encuentre viciado de nulidad de pleno derecho, puesto que ha supuesto que la entidad adjudicataria ha adquirido facultades o derechos cuando se carece de los requisitos esenciales para su adquisición, pues el acto ha sido dictado con infracción de las normas y principios que rigen la contratación pública».*

En el presente supuesto, la Administración ha incurrido en un defecto en la formación de su propia voluntad, al errar en su apreciación sobre la concurrencia de uno de los requisitos determinantes de la adjudicación del contrato que venían impuestos por el Pliego.

Concretamente, recae dicho error sobre las condiciones a que se sujeta la prestación a la que el contratista quedó vinculado por virtud del mismo. Y como quiera que dicha condición, atinente al objeto del contrato (sobre los envases de las garrafas de agua que debían suministrarse), tiene carácter esencial, procede ciertamente la revisión de oficio de la adjudicación realizada por la Administración.

La falta de cumplimiento de uno de los requisitos esenciales impuestos por el Pliego para la adquisición de un derecho determina, en efecto, la nulidad de pleno derecho del acto que se pretende revisar con ocasión de este expediente (la adjudicación del contrato) al amparo de lo dispuesto por el art. 47.1.f) LPACAP.

2. Sin embargo, debemos realizar sendas observaciones puntuales en relación con la Propuesta de Resolución sometida a nuestra consideración:

A) Debe incorporarse a la misma, en primer término, la consideración de la esencialidad del requisito del que carece la contratista, pues, como reiteradamente ha declarado este Organismo, entre otros, en el Dictamen núm. 127/2017, de 20 de abril:

*« (...) se ha de recordar, como tantas veces se ha insistido por este Consejo Consultivo, que para la aplicación de la causa de nulidad prevista en el apartado f) del art. 62.1 LRJAP-PAC, actual art. 47.1.f) LPACAP, se requiere que el interesado haya adquirido, en virtud del*

*acto administrativo firme y antijurídico, facultades o derechos sin tener los requisitos que la norma vulnerada establece para su adquisición con carácter esencial.*

*Así pues, no basta que se produzca un acto atributivo de derechos que se adquieran en virtud del mismo y que dicho acto sea contrario al Ordenamiento Jurídico, sino también que falten los requisitos esenciales para su adquisición, no cualesquiera de los requisitos previstos en la normativa de aplicación, aunque los mismos sean necesarios para la adquisición del derecho. Por ello se habrá de discernir entre requisitos necesarios y requisitos esenciales, de forma que sólo serán esenciales aquellos que constituyan presupuestos ineludibles de la estructura definitoria del acto, irreconocible sin ellos, o bien, que han de cumplirse inexorablemente para que alcance su fin la norma vulnerada».*

En este caso, la nota de esencialidad viene dada por ser requisito del PPT de la licitación del contrato, lo que implica un supuesto de concurrencia competitiva. Tal ha sido que el procedimiento que nos ocupa se inició a raíz de escrito presentado por una tercera empresa que denunció tal circunstancia al quedar fuera de la contratación, pues en tales casos la inadecuada valoración de la oferta de una empresa, como ha sido el caso, que no se adecua al PPT, implica correlativamente la exclusión de otras de mejor derecho, que sí cumplen los PPT.

Por tanto, en este caso, ciertamente, concurre la invocada causa de nulidad de pleno derecho prevista en el art. 47.1.f) LPACAP.

**B)** Por otro lado, la Propuesta de Resolución no responde a las alegaciones en virtud de las cuales la contratista se opone a la nulidad instada.

En este sentido, resulta correcto lo argumentado en el informe de contestación a las alegaciones emitido, el 1 de junio de 2021, por la Gerencia de Servicios Sanitarios Área de Salud de Lanzarote.

No puede la Propuesta de Resolución dejar de referirse al mencionado informe y de dejar constancia del mismo, sea mediante su reproducción total o parcial, o siquiera sea dando cuenta de su contenido en términos sucintos y sintéticos.

3. Finalmente, la Propuesta de Resolución sometida al parecer de este Consejo Consultivo establece como última proposición:

*«Abonar al contratista el importe que se le adeude por la prestación realizada hasta el momento de la declaración de la medida cautelar de suspensión de la ejecución del contrato formalizado entre la empresa (...), y nuestra Gerencia de Servicios Sanitarios derivado del expediente administrativo de contratación del suministro de agua de consumo humano embotellada, sin gas y de mineralización débil, con destino a los Centros Sanitarios adscritos*

*a la Gerencia de Servicios Sanitarios del Área de Salud de Lanzarote mediante procedimiento abierto de adjudicación y tramitación ordinaria, Expediente 52/S/20/SU/GE/A/019, en relación con el Lote 2, acordada por Resolución de esta Gerencia de Servicios Sanitarios n.º 903, de 27 de abril de 2021».*

En lo que se refiere al momento procedimental en el que procede efectuar el cálculo de la liquidación del contrato, cabe recordar que el art. 42.1 LCSP establece que aquella fase se producirá una vez firme la resolución por la que se acuerde la revisión de oficio (a través del oportuno expediente contradictorio).

Sin embargo, como ya ha indicado el propio Consejo de Estado en su Dictamen 1724/2011, de 21 de diciembre (y este Consejo Consultivo de Canarias -Dictamen 220/2013, de 19 de junio-), « (...) *nada impide, por economía procesal, acumular la declaración de nulidad a la compensación o indemnización que obviamente debe estimarse y aplicarse según los propios criterios ahora descritos en el artículo 35.1 de la Ley de Contratos (...), para tramitar simultáneamente el procedimiento de revisión de oficio de la adjudicación del contrato por ser nula de pleno derecho con la compensación por los trabajos realizados prevista en ese mismo artículo para el supuesto de nulidad de pleno derecho de la misma*».

De esta manera, resulta posible resolver de forma conjunta sobre la nulidad del acto de contratación afectado y sobre la liquidación y, en su caso, indemnización que proceda (art. 42.1 LCSP).

## C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, por lo que se informa favorablemente la declaración de nulidad del acto de adjudicación que se dictamina, sin perjuicio de las observaciones realizadas en el Fundamento III del presente Dictamen.