

Recurso nº 91/2019

Resolución nº 95/2019

**RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 2 de maio de 2019.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por CARL ZEISS MEDITEC IBERIA S.A.U. contra a adxudicación do lote 6 dunha subministración de oftalmoloxía con destino a varios hospitais do Servizo Galego de Saúde, expediente AB-SER2-18-011, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia (TACGal, en adiante) en sesión celebrada no día da data, adoptou, por unanimidade, a seguinte Resolución:

ANTECEDENTES DE FEITO

Primeiro.- Polo Servizo Galego de Saúde convocouse a licitación dunha subministración de oftalmoloxía con destino a varios hospitais do Servizo Galego de Saúde, expediente AB-SER2-18-011, cun valor estimado declarado de 1.312.400 euros.

Segundo.- O 09.04.2019 CARL ZEISS MEDITEC IBERIA S.A.U. interpuxo recurso especial en materia de contratación contra o acto de adxudicación, a través do formulario telemático existente a tal fin na sede electrónica da Xunta de Galicia, con enlaces na web deste Tribunal.

Terceiro.- O 10.04.2019 reclamouse ao Servizo Galego de Saúde o expediente e o informe ao que se refire o artigo 56.2 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público (en adiante, LCSP). A documentación foi recibida neste Tribunal o día 23.04.2019.

Cuarto.- Trasládouse o recurso aos interesados con data 23.04.2019, recibíndose as alegacións da empresa OFTÁLMICA BONET S.A.

Quinto.- Este Tribunal en sesión celebrada o día 15.04.2019 acordou manter a suspensión do procedemento de licitación.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

Primeiro.- Ao abeiro do artigo 35 bis da Lei 14/2013, de 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico, corresponde a este Tribunal a competencia para resolver este recurso.

Segundo.- O presente recurso tramitouse conforme aos artigos 44 a 60 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público, e, no que fose de aplicación, polo Real Decreto 814/2015, de 11 de setembro, polo que se aproba o Regulamento dos procedementos especiais de revisión de decisións en materia contractual e de organización do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais.

Terceiro.- CARL ZEISS MEDITEC IBÉRIA, S.A.U. foi a segunda clasificada no lote cuxa adxudicación impugna, o lote 6, solicitando a exclusión do adxudicatario, OFTÁLMICA BONET S.L, polo que ostenta lexitimación.

Cuarto.- Notificado o acordo de adxudicación impugnado o 21.03.2019 o recurso está interposto en prazo.

Quinto.- Estamos perante a impugnación dun acordo de adxudicación dun contrato con valor estimado superior a 100.000€ polo que o recurso é admisible.

Sexto.- O recorrente, segundo clasificado, considera que o adxudicatario, OFTÁLMICA BONET S.L, debía estar excluído do lote 6 por non ofrecer unha lámpara de hendidura de iluminación LED, pois a da súa oferta é “Halogen Lamp”.

No referido a este “Lote 06: Lámpara de Hendidura”, o PPT recollía:

“1.Lámpara de Hendidura.

Equipo para exploración ocular. Con la siguiente configuración mínima:

(...)

LÁMPARA DE HENDIDURA:

„Iluminación LED.”

Na enquisa técnica sobre as características do produto ofertado que obrigatoriamente debían presentar os licitadores, a adxudicataria sinala expresamente nos dous apartados correspondentes a iluminación como “LED”. Por outra parte, no catálogo do produto ofertado que se acompañou á dita enquisa, a fonte de luz aparece como halóxena.

Debemos entón traer a colación a nosa doutrina sobre as exclusións, a súa vez, coincidente coa do resto de Tribunais Administrativos de recursos contractuais.

A estes efectos, serva a reprodución da Resolución TACGal 78/2018:

“O artigo 145.1 do TRLCSP establece que as proposicións dos interesados deben axustarse ao previsto no prego e a súa presentación supón a aceptación incondicionada polo empresario do contido da totalidade das cláusulas ou condiciones sen reserva ningunha.

A posibilidade da exclusión da oferta dun licitador está expresamente recollida no artigo 84 do Real Decreto 1098/2001, polo que se aproba o Regulamento da Lei de Contratos das Administracións Públicas. Este precepto establece que

“Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición”

Polo tanto, como sinala o Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid na súa Resolución 113/2018 para determinar a exclusión da oferta:

“debe considerarse si el producto ofertado incumple las exigencias requeridas en el PPT, sin olvidar que tal incumplimiento ha de ser claro, es decir, referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el pliego de prescripciones técnicas, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los requisitos exigidos en los pliegos.”

(...)

Como dixemos na Resolución TACGal 45/2018:

“A maiores, non por coñecido non debe ser traído que a exclusión é un resultado especialmente gravoso, polo que a proporcionalidade non é un principio menor ao respecto”.

No mesmo sentido pronúnciase o Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón no seu Acordo 8/2011, que sinala que:

“la valoración de la documentación requerida y los efectos derivados de su no presentación o presentación inadecuada, debe realizarse atendiendo a los distintos principios jurídicos en juego y, especialmente, al de proporcionalidad.”

Partindo desta doutrina, xa anticipamos que non atopamos motivo na oferta da adxudicataria que determine a necesidade da súa exclusión. Nesa oferta consta expresamente sinalado ata en dous apartados da enquisa que a lámpada a subministrar tiña tecnoloxía LED, o que xa imposibilita entender que nos atopemos ante un incumprimento claro do establecido nos pregos da licitación. Esa expresión de cumprimento é clara e concreta, referida a unha característica específica esixible segundo os pregos da licitación e, nese sentido, non apreciamos que existira unha causa de exclusión ao mostrarse, en verbas da doutrina antes recollida, *“con facilidade de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los requisitos exigidos en los pliegos”*.

Agora ben, non podemos ignorar que a esa enquisa técnica se acompañou unha documentación que non se corresponde co expresado pola licitadora, e iso non podía resultar irrelevante na análise da oferta a realizar polo órgano de contratación. A este respecto, non podemos acoller o sinalado no informe a este recurso ao indicar que *“es habitual que este tipo de equipamiento permita la utilización de modo opcional de*

distintos tipos de iluminación”, posto que establece unha posibilidade de indeterminación na oferta incompatible cos principios aplicables nunha licitación pública.

O que procede determinar, polo tanto, é se resultaba procedente conceder a OFTÁLMICA BONET S.L a posibilidade de aclarar os termos da súa oferta. O recorrente sinala no seu escrito que procede a exclusión directa da adxudicataria, sen posibilidade de aclaración da súa oferta pois suporía unha modificación da mesma prohibida pola lexislación contractual.

Sobre este aspecto, este Tribunal xa se pronunciou en diversas ocasións contrario a un excesivo formalismo incompatible co principio de libre concorrência. Na nosa anterior Resolución 91/2018 sinalabamos:

“Debemos partir de que o artigo 81.2 do Real Decreto 1098/2001 de 12 de outubro, polo que se aproba o Regulamento xeral da Lei de Contratos das Administracións Públicas, prevé expresamente a posibilidade de corrixir “erros ou omisións emendables”, se ben referíndose exclusivamente á documentación administrativa.

Agora ben, o feito de que este precepto se refira unicamente a esa documentación non determina necesariamente que imposibilite a emendabilidade das ofertas, se ben neste ámbito debe existir un maior rigor que impida a vulneración do principio de igualdade. Neste senso, o Tribunal Supremo ten establecido que a finalidade da preclusión de aportacións documentais ten por obxecto evitar estrataxemas pouco limpas pero tamén rexeita a existencia de posturas formalistas que conduzan á exclusión de licitadores por defectos facilmente emendables.

Igualmente, o TXUE na súa Sentenza de 11 de maio de 2017, C-131/16 sinala que o principio de igualdade de trato non se opón a que unha oferta se poida corrixir ou completarse de maneira puntual, cando sexa evidente que require unha aclaración ou para emendar erros materiais manifestos, coa condición de que non se pode presentar o que constituiría unha nova oferta. (...).

Na Sentenza de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/10) especificamente indica que:

“excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta”.

(...)

Finalmente, para chegar a unha conclusión debemos facer especial referencia á Sentenza do Tribunal Supremo de 25.05.2015 (Roj: STS 2415/2015) na que axuizando un suposto fáctico similar ao aquí exposto conclúe:

“Estamos, pues, ante un requisito o criterio que debe justificarse documentalmente. En este caso, la única discusión es, como se ha dicho, la de si al no reputarse bastante la justificación aportada por CLECE, procedía ofrecerle la posibilidad de subsanar, tal hizo el TACRC. Planteado así el problema entendemos que la solución acertada es la que alcanzó el TACRC y de entre las razones que ofrece para fundamentar la aplicación, también en este caso, del principio de subsanación debemos destacar las que tienen presente que, al margen de cuál se considere que es la naturaleza del requisito relativo al Centro Especial de Empleo, lo cierto es que CLECE lo hizo valer oportunamente y, a su juicio, de manera suficiente. Es decir, había incluido en su proposición dicho Centro y, como resultó tras la subsanación, efectivamente contaba con él. No hubo, en consecuencia, alteración de su oferta ni, por tanto, quiebra del principio de igualdad de trato ni de la libre concurrencia. Es más, pueden traerse aquí las consideraciones que hace el TACRC sobre la relación entre la aplicación del principio de subsanabilidad de los defectos formales y la libertad de concurrencia y añadir a ellas que su utilización en supuestos como éste contribuye a la elección de la oferta más ventajosa para los intereses públicos. No hay, pues, razón para no aplicar a esta documentación el régimen general de subsanación”

No mesmo sentido, por citar unha, a recente Resolución 34/2019 do Tribunal Administrativo de Recursos Contractuais de Castela e León. Non esquezamos que a Sentenza TXUE de 10.12.2009, asunto T-195/08, recolle que cando unha oferta requira de aclaracións suplementarias ou cando se trate de corrixir erros materiais de redacción, resulta contrario ao principio de boa administración a desestimación das ofertas sen exercer esa facultade de solicitar aclaracións.

Neste caso, existindo unha discrepancia na oferta presentada polo licitador respecto a un aspecto moi concreto da mesma, procedería que se lle solicitara aclaración sobre os exactos termos nos que se formulou a oferta. Ese trámite, ao contrario do alegado polo recorrente, non supón a posibilidade de modificación da súa proposta, posto que nese momento non se podería modificar o produto concretamente ofertado, senón unicamente aclarar a diferenza existente entre dous documentos previamente aportados polo licitador, como son a enquisa técnica e o catálogo que a acompaña.

A este respecto, e se ben a empresa adxudicataria no seu trámite de alegacións a este recurso presentou documentación referente ao produto ofertado, a mesma non pode terse en conta por este Tribunal, a quen non compete substituír a función técnica que lle corresponde ao órgano de contratación no trámite de análise e avaliación das ofertas.

En consecuencia, procede estimar parcialmente o recurso anulando o acordo de adxudicación e ordenando retrotraer o procedemento de licitación, aos efectos de que polo órgano de contratación se solicite á licitadora nun prazo non superior a tres días aclaración dos termos nos que formulou a súa proposta en relación co sistema de iluminación do produto ofertado.

Por todo o anterior, vistos os preceptos legais de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada no día da data, **RESOLVE:**

1. **Estimar parcialmente** o recurso interposto por CARL ZEISS MEDITEC IBERIA S.A.U. contra a adxudicación do lote 6 dunha subministración de oftalmoloxía con destino a varios hospitais do Servizo Galego de Saúde

2. Levantar a suspensión acordada no seu día.

3. Ao abeiro do artigo 57.4 LCSP, o órgano de contratación deberá dar coñecemento a este Tribunal das actuacións adoptadas para lle dar cumprimento a esta resolución.

Esta resolución, directamente executiva no seus propios termos, é definitiva na vía administrativa e contra a mesma cabe interpoñer recurso perante a Sala do contencioso-administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de dous meses, a contar desde o día seguinte á notificación desta resolución, de conformidade co disposto nos artigos 10.1.k) e 46.1 de la Lei 29/1998, de 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa.