

Recurso nº 91/2019**Resolución nº 95/2019**

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA

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

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por CARL ZEISS MEDITEC IBERIA S.A.U. contra la adjudicación del lote 6 de un suministro de oftalmología con destino a varios hospitales del Servicio Gallego de Salud, expediente AB-SER2-18-011, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (TACGal, en adelante) en sesión celebrada en el día de la fecha, adoptó, por unanimidad, la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Servicio Gallego de Salud se convocó la licitación de un suministro de oftalmología con destino a varios hospitales del Servicio Gallego de Salud, expediente AB-SER2-18-011, con un valor estimado declarado de 1.312.400 euros.

Segundo.- El 09.04.2019 CARL ZEISS MEDITEC IBERIA S.A.U. interpuso recurso especial en materia de contratación contra el acto de adjudicación, a través del formulario telemático existente para tal fin en la sede electrónica de la Xunta de Galicia, con enlaces desde la web de este Tribunal.

Tercero.- El 10.04.2019 se reclamó al Servicio Gallego de Salud el expediente y el informe a lo que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP). La documentación fue recibida en este Tribunal el día 23.04.2019.

Cuarto.- Se trasladó el recurso a los interesados con fecha 23.04.2019, recibándose las alegaciones de la empresa OFTÁLMICA BONET S.A.

Quinto.- Este Tribunal en sesión celebrada el día 15.04.2019 acordó mantener la suspensión del procedimiento de licitación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Al amparo del artículo 35 bis de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver este recurso.

Segundo.- El presente recurso se tramitó conforme a los artículos 44 a 60 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y, en lo que fuera de aplicación, por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Tercero.- CARL ZEISS MEDITEC IBÉRIA, S.A.U. fue la segunda clasificada en el lote cuya adjudicación impugna, el lote 6, solicitando la exclusión del adjudicatario, OFTÁLMICA BONET S.L, por lo que ostenta legitimación.

Cuarto.- Notificado el acuerdo de adjudicación impugnado el 21.03.2019 el recurso está interpuesto en plazo.

Quinto.- Estamos ante la impugnación de un acuerdo de adjudicación de un contrato con valor estimado superior a 100.000€ por lo que el recurso es admisible.

Sexto.- El recurrente, segundo clasificado, considera que el adjudicatario, OFTÁLMICA BONET S.L, debía estar excluido del lote 6 por no ofrecer una lámpara de hendidura de iluminación LED, pues la de su oferta es “ Halogen Lamp”.

En lo referido a este “Lote 06: Lámpara de Hendidura”, el PPT recogía:

“1.Lámpara de Hendidura.

Equipo para exploración ocular. Con la siguiente configuración mínima:

(...)

LÁMPARA DE HENDIDURA:

☉ *Iluminación LED.”*

En la encuesta técnica sobre las características del producto ofertado que obligatoriamente debían presentar los licitadores, la adjudicataria señala expresamente en los dos apartados correspondientes a iluminación como “LED”. Por otra parte, en el catálogo del producto ofertado que se acompañó a dicha encuesta, la fuente de luz aparece cómo halógena.

Debemos entonces traer a colación nuestra doctrina sobre las exclusiones, a su vez, coincidente con la del resto de Tribunales Administrativos de recursos contractuales.

A estos efectos, sirva la reproducción de la Resolución TACGal 78/2018:

“El artículo 145.1 del TRLCSP establece que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el pliego y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin reserva alguna”.

La posibilidad de la exclusión de la oferta de un licitador está expresamente recogida en el artículo 84 del Real Decreto 1098/2001, por lo que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones 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”

Por lo tanto, como señala el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid en su Resolución 113/2018 para determinar la exclusión de la 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 dijimos en la Resolución TACGal 45/2018:

“A mayores, no por conocido no debe ser traído que la exclusión es un resultado especialmente gravoso, por lo que la proporcionalidad no es un principio menor al respeto”.

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 8/2011, que señala 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.”

Partiendo de esta doctrina, ya anticipamos que no encontramos motivo en la oferta de la adjudicataria que determine la necesidad de su exclusión. En esa oferta consta expresamente señalado hasta en dos apartados de la encuesta que la lámpara a suministrar tenía tecnología LED, lo que ya imposibilita entender que nos encontremos ante un incumplimiento claro de lo establecido en los pliegos de la licitación. Esa expresión de cumplimiento es clara y concreta, referida a una característica específica exigible según los pliegos de la licitación y, en ese sentido, no apreciamos que existiera una causa de exclusión al mostrarse, en palabras de la doctrina antes recogida, *“con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los requisitos exigidos en los pliegos”*.

Ahora bien, no podemos ignorar que a esa encuesta técnica se acompañó una documentación que no se corresponde con lo expresado por la licitadora, y eso no podía resultar irrelevante en el análisis de la oferta a realizar por el órgano de contratación. A

este respeto, no podemos acoger lo señalado en el informe a este recurso al indicar que “es habitual que este tipo de equipamiento permita la utilización de modo opcional de distintos tipos de iluminación”, puesto que establece una posibilidad de indeterminación en la oferta incompatible con los principios aplicables en una licitación pública.

Lo que procede determinar, por lo tanto, es si resultaba procedente conceder a OFTÁLMICA BONET S.L la posibilidad de aclarar los términos de su oferta. El recurrente señala en su escrito que procede la exclusión directa de la adjudicataria, sin posibilidad de aclaración de su oferta pues supondría una modificación de la misma prohibida por la legislación contractual.

Sobre este aspecto, este Tribunal ya se pronunció en diversas ocasiones contrario a uno excesivo formalismo incompatible con el principio de libre concurrencia. En nuestra anterior Resolución 91/2018 señalábamos:

“Debemos partir de que el artículo 81.2 del 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, prevé expresamente la posibilidad de corregir “errores u omisiones enmendables”, si bien refiriéndose exclusivamente a la documentación administrativa”.

Ahora bien, el hecho de que este precepto se refiera únicamente a esa documentación no determina necesariamente que imposibilite la subsanación de las ofertas, si bien en este ámbito debe existir un mayor rigor que impida la vulneración del principio de igualdad. En este sentido, el Tribunal Supremo tiene establecido que la finalidad de la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar estratagemas poco limpias pero también rechaza la existencia de posturas formalistas que conduzcan a la exclusión de licitadores por defectos fácilmente enmendables.

Igualmente, el TGUE en su Sentencia de 11 de mayo de 2017, C-131/16 señala que el principio de igualdad de trato no se opone a que una oferta se pueda corregir o completarse de manera puntual, cuando sea evidente que requiere una aclaración o para enmendar errores materiales manifiestos, con la condición de que no se puede presentar lo que constituiría una nueva oferta. (...).

En la Sentencia de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/10) específicamente 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 manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta”.

(...)

Finalmente, para llegar a una conclusión debemos hacer especial referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25.05.2015 (Roj: STS 2415/2015) en la que enjuiciando un supuesto fáctico similar al aquí expuesto concluye:

“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 competencia. 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 competencia 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”

En el mismo sentido, por citar una, la reciente Resolución 34/2019 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León. No olvidemos que la Sentencia TGUE de 10.12.2009, asunto T-195/08, recoge que cuando una oferta requiera de aclaraciones suplementarias o cuando se trate de corregir errores materiales de redacción, resulta contrario al principio de buena administración la desestimación de las ofertas sin ejercer esa facultad de solicitar aclaraciones.

En este caso, existiendo una discrepancia en la oferta presentada por el licitador respecto a un aspecto muy concreto de la misma, procedería que se le solicitara aclaración sobre los exactos términos en los que se formuló la oferta. Ese trámite, al contrario del alegado por el recurrente, no supone la posibilidad de modificación de su propuesta, puesto que en ese momento no se podría modificar el producto concretamente ofertado, sino únicamente aclarar la diferencia existente entre dos

documentos previamente aportados por el licitador, como son la encuesta técnica y el catálogo que la acompaña.

A este respecto, y si bien la empresa adjudicataria en su trámite de alegaciones a este recurso presentó documentación referente al producto ofertado, la misma no puede tenerse en cuenta por este Tribunal, a quién no compete sustituir la función técnica que le corresponde al órgano de contratación en el trámite de análisis y evaluación de las ofertas.

En consecuencia, procede estimar parcialmente el recurso anulando el acuerdo de adjudicación y ordenando retrotraer el procedimiento de licitación, a los efectos de que por el órgano de contratación se solicite a la licitadora en un plazo no superior a tres días aclaración de los términos en los que formuló su propuesta en relación con el sistema de iluminación del producto ofertado.

Por todo el anterior, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, RESUELVE:

1. **Estimar parcialmente** el recurso interpuesto por CARL ZEISS MEDITEC IBERIA S.A.U. contra la adjudicación del lote 6 de un suministro de oftalmología con destino a varios hospitales del Servicio Gallego de Salud

2. Levantar la suspensión acordada en su día.

3. Al amparo del artículo 57.4 LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para darle cumplimiento a esta resolución.

Esta resolución, directamente ejecutiva en sus propios términos, es definitiva en a vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, de conformidad con el dispuesto en los artículos 10.1. k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.