



Recurso nº 745/2015 C.A. Galicia 95/2015

Resolución nº 744/2015

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 30 de julio de 2015.

VISTO el recurso formulado por D. A.G.G., en representación de EL CORTE INGLES, S.A., contra el acuerdo de la Directora General de Recursos Económicos del Servicio Galego de Saúde (SERGAS) por el que se excluye a la citada licitadora en el procedimiento de licitación del lote número 4 del contrato para la adquisición e instalación de carros y camillas con destino al nuevo Hospital de Vigo (expediente AB-ER2-15-006), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El órgano de contratación, el Servicio Galego de Saúde, inició procedimiento de contratación para la adjudicación del contrato para la adquisición e instalación de carros y camillas con destino al nuevo Hospital de Vigo. El anuncio de licitación del citado procedimiento fue publicado en el DOUE el 13 de marzo de 2015. Además se publicó en el DOGA el 10 de marzo del mismo año y en el BOE el 16 del mismo mes y año.

Segundo. El 20 de abril de 2015 se reúne la Mesa de Contratación para la apertura de la documentación administrativa presentada por los licitadores con el resultado que obra en el expediente. Reunida nuevamente la mesa el 23 de abril de 2015 se procedió a la apertura del sobre B, relativo a las ofertas no evaluables mediante fórmula.

Tercero. El 10 de junio de 2015 se reúne de nuevo la mesa de contratación para el análisis del informe técnico elaborado en relación con los lotes 1 a 4. A la vista del mismo se acuerda la exclusión de la ahora licitadora de todos los lotes. Dicha decisión fue notificada a la empresa el mismo día 10 de junio de 2015, procediendo a formular el correspondiente recurso



especial el 26 de junio de 2015, únicamente respecto del acuerdo dictado en relación con el lote número 4, acuerdo que constituye el objeto del presente recurso.

Cuarto. Recibido en este Tribunal el expediente el 15 de julio de 2015, acompañado del informe del órgano de contratación, la Secretaría dio traslado del recurso interpuesto a las otras empresas licitadoras en fecha 20 de julio, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen. Ninguna de ellas ha hecho uso de este trámite.

Quinto. No se han solicitado ni acordado medidas cautelares en este procedimiento, de conformidad con el artículo 46 TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Competencia del Tribunal

El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y en el Convenio suscrito al efecto el 12 de noviembre de 2013 entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Galicia y publicado en el BOE el día 25 de noviembre de 2013.

Segundo. Adecuación del procedimiento.

El recurso se interpone frente a un acto recurrible, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.2 b) TRLCSP, por tratarse de un acto de trámite de exclusión de licitadores dictado en un procedimiento para la licitación de un contrato de suministro y, en virtud del presupuesto de licitación, sujeto a regulación armonizada y por lo tanto competencia de este Tribunal de conformidad con lo previsto en el artículo 40.1 a) del mismo texto legal.

Tercero. Plazo de interposición y legitimación.



El recurso está interpuesto en plazo y por persona legitimada para ello, dado que se trata del licitador afectado por el acuerdo de exclusión y cuya oferta, por tanto, no fue valorada a la hora de decidir sobre la adjudicación del procedimiento.

Cuarto. Motivo de la exclusión y alegaciones del licitador:

El acuerdo de exclusión es consecuencia de la falta de cumplimiento de los requisitos técnicos exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas en relación con el lote nº4. En particular el informe técnico que fue sometido a la valoración y aprobación de la mesa señala en lo que aquí importa:

“La oferta presentada por la empresa EL CORTE INGLES S.A., no cumple los mínimos establecidos en los pliegos de prescripciones técnicas:

-Nº de Orden 1 Camilla de transporte: Requerimiento del PPT: travesaños de las barandillas verticales y deben llevar seguro antibajada. En el modelo ofertado y según la documentación aportada por la empresa, los travesaños están dispuestos de forma horizontal y no se menciona si dispone de seguro antibajada.

-Nº de Orden 2 Camilla de transporte de críticos: Requerimiento del PPT: travesaños de las barandillas verticales y deben llevar seguro antibajada. En el modelo ofertado y según la documentación aportada por la empresa, los travesaños están dispuestos de forma horizontal y no se menciona se dispone de seguro antibajada.

-Nº de Orden 3 Camilla de procedimientos: Requerimiento del PPT: travesaños de las barandillas verticales y deben llevar seguro antibajada. En el modelo ofertado y según la documentación aportada por la empresa, los travesaños están dispuestos de forma horizontal y no se menciona se dispone de seguro antibajada”

En relación con lo anterior la recurrente alega básicamente lo siguiente:

a) Los travesaños de las camillas ofertadas son en todos los casos verticales, si bien en la foto aportada con la documentación técnica aparecen en disposición horizontal dado que



están abatidos. No obstante en la foto que se aporta en la página 28 se aprecia que están en disposición vertical.

b) El seguro antibajada aunque no se menciona es un estándar en este tipo de productos y por tanto es posible presumir su existencia.

El órgano de contratación responde a las anteriores alegaciones recordando lo dispuesto en la cláusula 5.6.3 del PCAP señala:

“No se aceptarán aquellas proposiciones que contengan omisiones, errores o tachaduras que impidan conocer claramente lo que el órgano de contratación estime fundamental para considerar la oferta. Tampoco se aceptarán aquellas ofertas que en su Encuesta Técnica o Documentación Descriptiva no pongan de manifiesto claramente el cumplimiento de los parámetros mínimos exigidos en el PPTP para cada suministro”.

Pues bien, según el órgano de contratación la oferta presentada por El Corte Inglés no cumplió ese requerimiento pues de la amplia documentación aportada no era posible saber si el elemento ofertado contenía el seguro antibajada, pese a que era un requerimiento específico del pliego y además en la única foto aportada de la camilla de la que pudiera deducirse la disposición de los travesaños, éstos aparecen en disposición horizontal, lo que implica un incumplimiento de los requerimientos mínimos del pliego.

Por otra parte, la foto a la que se refiere la licitadora en su escrito de recurso y que aparece en la página 28 se refiere a un catálogo general donde aparecen diversos elementos y no existe ninguna referencia al concreto modelo ofertado, por lo que no es suficiente para despejar las dudas suscitadas.

Quinto. Doctrina del Tribunal sobre la posible exclusión de licitadores por incumplimiento de los requisitos técnicos exigidos en los pliegos.

Este Tribunal, así como otros también competentes en materia de contratación pública, ha ido elaborando una ya sólida doctrina sobre los supuestos en que cabe la exclusión de los licitadores por incumplir los requisitos técnicos exigidos en los pliegos. A este respecto se ha señalado que el artículo 145 TRLCSP establece que la presentación de proposiciones supone



la aceptación incondicionada del pliego, lo que ha de considerarse extensible a los requisitos técnicos (valga por todas la resolución nº 549/2015, de 12 de junio y las que en ellas se cita).

También se ha dicho (resolución 560/2015, de 12 de junio) que el cumplimiento de los requisitos técnicos exigidos en el pliego de prescripciones técnicas no puede ser, en principio, causa de exclusión del licitador, pues tales prescripciones deben ser verificadas en fase de ejecución del contrato y no puede presuponerse ab initio que dicho incumplimiento se vaya a producir, salvo que de las especificaciones de la propia oferta quepa concluir, sin género de dudas, que efectivamente se va a producir tal incumplimiento.

En este punto resulta procedente acudir a la resolución de este Tribunal nº250/2013:

“... una cosa es que las condiciones que afectan exclusivamente a la ejecución del contrato – como sucede con la forma en que se realizarán las tareas de acondicionamiento e instalación a las que ahora nos referimos- sólo puedan exigirse al adjudicatario del mismo y en el momento preciso de su ejecución (Resolución 211/2012), y otra bien distinta es que sean admisibles las ofertas en las que la propia descripción técnica no se ajuste a las características requeridas en el pliego de prescripciones. En este último caso, sí que cabe la exclusión del licitador (como acuerdan por tal motivo las resoluciones 246/2012, 91/2012, 90/2012, 219/2011), pero no en el primero, porque no es razonable adivinar ni presumir que el adjudicatario, que ha asumido la obligación de ejecutar la prestación con arreglo a la legislación vigente vaya a incumplir dicho compromiso (Cfr.: Resoluciones 325/2011 y 19/2012)”.

De la doctrina anteriormente transcrita se deduce que lo que debe valorarse es si de la documentación aportada por la recurrente, de conformidad con el pliego de cláusulas administrativas, cabe deducir un incumplimiento claro de las prescripciones técnicas exigidas en el pliego que permita deducir sin género de dudas que la descripción técnica del producto ofrecido no se corresponde con lo exigido en el pliego.

En el presente caso son dos los incumplimientos que se achacan al licitador así excluido: a) por un lado que la camilla ofertada tenía barras horizontales en lugar de verticales y b) que no se especificaba en ningún momento si la camilla ofertada tenía seguro antibajada.



Pues bien, en cuanto al primero de los incumplimientos, debe decirse que, a la vista de la fotografía obrante en la oferta presentada por la licitadora y que sirvió de base para que el informe técnico hiciera tal afirmación, se deduce que las barras no se encuentran en disposición horizontal, sino en diagonal; de hecho, de la disposición de dichas barras en posición abatida parece deducirse que una vez abierta la barrera la disposición será vertical, tal y como exige el pliego. Así se observa en el catálogo que se aportó con la documentación técnica, donde en la página 28 aparece efectivamente, una foto de la camilla con la barrera desplegada y donde puede verse que los travesaños se encuentran en posición vertical. Si bien es cierto que en la foto no se hace una referencia explícita a que se trate precisamente de la camilla ofertada, se trata de una presunción que cabe hacer, pues aunque es cierto que en el catálogo incluyen otros accesorios, es la única camilla que aparece en el mismo.

En todo caso, si el órgano de contratación tenía alguna duda sobre este extremo, podría haber solicitado la correspondiente aclaración del licitador, tal y como se ha señalado en diversas ocasiones por este Tribunal, pudiendo citar al respecto la nº 463/2014:

“Pues bien, como ya hemos indicado en Resoluciones anteriores (como referencia en la nº 614/2013, de 13 de diciembre), la subsanación de errores u omisiones en la documentación relativa a la oferta, sólo es posible cuando no implique la posibilidad de que se modifique la proposición después de haber sido presentada. En la citada Resolución, se hacía referencia a la sentencia de 29 de marzo de 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, entre otras cuestiones, admitía 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”. Por tanto, no se puede acceder a una subsanación que pretenda o pueda variar los términos de la oferta presentada, pero sí resulta posible la subsanación de defectos o errores puramente formales en la documentación de las ofertas, siempre que no supongan variación de las mismas.”

En el presente caso, a juicio de este Tribunal, dado que ambas fotografías obraban ya en la documentación aportada por la empresa con la oferta, la aclaración no hubiera supuesto una modificación de la misma, que habría permanecido inalterada, con la única aclaración de que



la disposición de los travesaños de la barrera, una vez desplegada, sería vertical, tal y como exigía el pliego.

En el segundo de los incumplimientos, por el contrario, nos encontramos con una omisión del licitador en la documentación aportada. Efectivamente, el propio recurrente reconoce que en ningún momento ofreció al órgano de contratación información alguna sobre la existencia del seguro antibajada que exigían los pliegos. Tampoco en las fotografías aportadas se observa que cuente con tal dispositivo. Dice el recurrente, que se trata de un requerimiento “estándar”, pero tampoco aporta información alguna sobre la norma técnica que lo regule y establezca tal exigencia.

En tales condiciones, la solicitud de una aclaración sí podría haber conllevado una modificación de la oferta aportada, además de constituir una modificación de las condiciones del pliego, dada la literalidad de la cláusula 5.6.3 del PCAP antes transcrita.

En este punto, cabe traer a colación la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de noviembre de 2014 (ECLI: EU:C:2014:2345) que, en interpretación del artículo 45 de la Directiva 2004/18, vino a concluir que la subsanación en ningún caso puede servir para resolver omisiones cometidas por los licitadores, cuando dicha omisión, a juicio del órgano de contratación, sea esencial. De este modo, señaló en sus párrafos 45 y 46:

45. De ello se deduce que, en circunstancias como las del litigio principal, el artículo 45 de la Directiva 2004/18, en relación con el artículo 2 de ésta, no se opone a la exclusión de un licitador por el hecho de que no haya adjuntado a su oferta una declaración sustitutoria relativa a la persona designada como director técnico en esa oferta. En particular, en la medida en que el poder adjudicador considere que tal omisión no constituye una irregularidad meramente formal, no puede permitir que ese licitador subsane ulteriormente la aludida omisión, cualquiera que sea la forma, tras la expiración del plazo concedido para la presentación de las ofertas.

46 Por lo demás, en tales circunstancias, el artículo 51 de dicha Directiva, que dispone que el poder adjudicador podrá invitar a los operadores económicos a que completen o hagan más explícitos los certificados y documentos presentados en aplicación de los artículos 45 a 50 de la misma Directiva, no puede interpretarse en el sentido de que permite que el poder



adjudicador admita cualesquiera rectificaciones de las omisiones que, según lo dispuesto expresamente en los documentos del contrato, deben llevar a la exclusión de éste."

En el mismo sentido se pronunció en la sentencia también del TJUE de 29 de marzo de 2012 (ECLI: EU:C:2012:191):

"37.En efecto, en el caso de un candidato cuya oferta se estime imprecisa o no ajustada a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, permitir que el poder adjudicador le pida aclaraciones al respecto entrañaría el riesgo, si finalmente se aceptara la oferta del citado candidato, de que se considerase que el poder adjudicador había negociado confidencialmente con él su oferta, en perjuicio de los demás candidatos y en violación del principio de igualdad de trato.

38. Además, no se deduce del artículo 2 ni de ninguna otra disposición de la Directiva 2004/18, ni del principio de igualdad de trato, ni tampoco de la obligación de transparencia, que, en una situación de esa índole, el poder adjudicador esté obligado a ponerse en contacto con los candidatos afectados. Por otra parte, éstos no pueden quejarse de que el poder adjudicador no esté sometido a obligación alguna a este respecto, ya que la falta de claridad de su oferta no es sino el resultado del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la misma, al que están sujetos de igual manera que los demás candidatos."

En el presente caso, la subsanación no puede servir de base para completar las omisiones esenciales cometidas por los licitadores. A diferencia de lo que ocurre con el primer caso, donde los requerimientos exigidos por el pliego sí estaban contenidos en la documentación de la oferta, aunque pudieran existir dudas al respecto, en relación con este segundo incumplimiento no existe en la documentación de la oferta referencia ninguna al mismo, según reconoce el propio recurrente, y por tanto la omisión se convierte en esencial y su aclaración podría suponer una modificación de la oferta, razón por la cual el acuerdo de exclusión resulta conforme a derecho.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación



ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso formulado por D. A.G.G., en representación de EL CORTE INGLES, S.A., contra el acuerdo de la Directora General de Recursos Económicos del Servicio Galego de Saúde (SERGAS) por el que se excluye a la citada licitadora en el procedimiento de licitación del lote número 4 del contrato para la adquisición e instalación de carros y camillas con destino al nuevo Hospital de Vigo (expediente nº AB-SER2-15-006).

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo 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.