

Barcelona, 13 d'abril de 2023

Resolució núm.: 252/2023 (recurs N-2022-0250)

Vist el recurs especial en matèria de contractació presentat per A.M.H., en nom i representació de l'empresa MEDICONTUR AVI, SL, contra l'acte d'exclusió d'aquesta empresa del lot 4 del contracte de subministrament de pròtesis i fungible per al servei d'oftalmologia amb destí de la FUNDACIÓ DE GESTIÓ SANITÀRIA DE L'HOSPITAL DE LA SANTA CREU I SANT PAU, que tramita aquesta entitat (expedient OBE 21/599), a data d'avui, aquest Tribunal ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

PRIMER. En data 19 de novembre de 2021, la FUNDACIÓ DE GESTIÓ SANITÀRIA DE L'HOSPITAL DE LA SANTA CREU I SANT PAU (en endavant, la Fundació o òrgan de contractació) va publicar l'anunci de la licitació de referència al perfil de contractant allotjat a la Plataforma de serveis de contractació pública de la Generalitat de Catalunya (PSCP), a través del qual va posar a disposició dels interessats els plecs de clàusules administratives particulars (PCAP) i de prescripcions tècniques (PPT). I en data 22 de novembre de 2021 també es va publicar en el Diari Oficial de la Unió Europea (DOUE) S226.

SEGON. Van concórrer a la licitació un total de 9 empreses, entre elles MEDICONTUR AVI, SL (en endavant, MEDICONTUR), que va resultar exclosa del lot 4 del contracte per l'incompliment de les prescripcions tècniques del PPT reflectit en l'informe tècnic de valoració de 13 de juny de 2022 i en l'acta de la mesa de contractació de 14 de juny de 2022.

El descart de la seva oferta va obeir al motiu següent:

"LOT 4 –PJ01040 – LENT INTRAOCULAR – "El licitador queda exclòs atès que no compleix amb els requeriments del Plec de Prescripcions tècniques allà on diu "cara posterior amb aberració neutra". El producte ofert no presenta aquesta característica."

L'acta de la mesa per la qual s'exclou a MEDICONTUR del lot 4 del contracte es va notificar a aquesta empresa i es va publicar en el perfil de contractant en data 14 de juny de 2022.

TERCER. En data 20 de juny de 2022, l'empresa MEDICONTUR va presentar electrònicament al registre assignat al Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (des d'ara, el Tribunal), recurs especial en matèria de contractació contra l'acta de la mesa de contractació, de data 14 de juny de 2022, per la qual s'exclou a l'empresa recurrent del lot 4 del contracte de referència, pel fet que la seva oferta no complia amb un dels requisits tècnics fixats en el PPT en relació amb la lent intraocular a subministrar.

En síntesi, la recurrent sosté la improcedència de la seva exclusió, per considerar que és una decisió de l'òrgan de contractació desproporcionada, desmesuradament formalista i contrària a l'interès públic. En concret, al·lega que la presentació de la seva oferta equival a l'acceptació incondicional dels plecs que regeixen la licitació, de manera que admet de forma absoluta el compliment de les prescripcions tècniques mínimes que s'han previst en el PPT i també al·lega que se li hauria d'haver atorgat un termini per esmenar l'extrem pel qual ha resultat exclosa.

Per això, sol·licita, prèvia la suspensió del procediment, que es tingui per acreditat el compliment del requisit tècnic que ha provocat la seva exclusió, que s'anul·li la seva exclusió i es retrotraguin les actuacions al moment anterior a l'esmentada exclusió, per tal que la recurrent pugui continuar en el procediment de contractació.

QUART. El mateix dia de la d'interposició del recurs, la Secretaria Tècnica del Tribunal va comunicar-lo a l'òrgan de contractació i va sol·licitar-li la remissió de l'expedient de contractació i l'informe corresponent, d'acord amb la normativa d'aplicació.

Així mateix, en la mateixa data la Secretaria Tècnica del Tribunal també va requerir a l'empresa recurrent per tal que aportés la corresponent escriptura de canvi de denominació social de l'empresa.

CINQUÈ. La documentació requerida a l'òrgan de contractació va tenir entrada al Tribunal en data 28 de juny de 2022. En l'informe, l'òrgan de contractació s'oposa al recurs i en sol·licita la desestimació, en síntesi, indicant que l'exclusió és ajustada a dret i que no corresponia

atorgar-li un termini per esmenar la seva oferta tècnica, en tant que la fitxa tècnica que va presentar incomplia les indicacions del PPT pel fet que no hi constaven, sense cap mena de dubte, totes les característiques bàsiques de la lent intraocular.

SISÈ. En data 6 de juliol de 2022, mitjançant la Resolució S-52/2022, el Tribunal va suspendre la tramitació de l'expedient.

SETÈ. Obert el període d'al·legacions al recurs a les parts interessades, d'acord amb les dades proporcionades per l'òrgan de contractació, cap va fer ús del tràmit.

FONAMENTS JURÍDICS

PRIMER. Aquest Tribunal resulta competent per conèixer del recurs especial en matèria de contractació, de conformitat amb l'article 46.2 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (LCSP), la disposició adicional quarta de la Llei 7/2011, de 27 de juliol, de mesures fiscals i financeres de la Generalitat de Catalunya, i el Decret 221/2013, de 3 de setembre, pel qual es regula el Tribunal i s'aprova la seva organització i el seu funcionament.

SEGON. La licitació es tramita per un poder adjudicador, es qualifica en els plecs com un contracte de subministraments i el seu valor estimat ve fixat en 4.042.302,50 euros, dividit en deu lots, dels quals el lot 4 que es veu afectat pel present recurs representa un valor estimat de 85.000 euros.

D'acord amb aquestes dades, el contracte impugnat és susceptible del recurs especial en matèria de contractació, d'acord amb l'article 44.1 b) de la LCSP.

TERCER. El recurs es dirigeix contra l'exclusió de MEDICONTUR de la licitació, que és un acte expressament previst per l'article 44.2.b) de la LCSP com a objecte del recurs especial en matèria de contractació.

QUART. El Tribunal aprecia en la part recurrent drets i interessos afectats per l'acte que impugna i, per tant, la necessària legitimació activa per interposar el recurs, d'acord amb els articles 48 de la LCSP i 16 del Decret 221/2013.

La seva representació també ha quedat acreditada per actuar en aquest procediment de recurs, de conformitat amb l'article 51.1 a) de la LCSP.

CINQUÈ. El recurs s'ha presentat dins del termini de quinze dies hàbils que estableix l'article 50.1 de la LCSP. També s'ha presentat en forma, ja que compleix els requisits establerts a l'article 51.1 de la LCSP.

SISÈ. Entrant a analitzar les al·legacions materials del recurs i vistes en els antecedents les posicions sintetitzades de les parts, el fons de l'assumpte rau a dilucidar si l'exclusió de l'oferta de MEDICONTUR per al lot 4 del contracte ha estat ajustada a dret, pel fet de no contenir la fitxa tècnica la menció d'una de les característiques bàsiques exigides de la lent intraocular, o bé, altrament, correspon admetre la possibilitat d'aclarir aquest extrem.

El PPT que regeix la licitació conté els requeriments tècnics del producte del lot 4 del contracte en aquests termes i allò que enllaça amb el cas que s'examina:

LOT 4 -PJ01040		
CODI HSP	MATERIAL	DESCRIPCIÓ
---	LENT INTRAOCULAR Monofocal – esfèrica – acrílica hidrofòbica – cambra posterior – precarregada	Lent intraocular esfèrica, monobloc d'implantació a sac capsular per microincisió, amb cara posterior amb aberració neutra òptica biconvexa, haptics en el mateix pla amb sistema antirotacional, material acrílic hidròfob, longitud entre 12 i 13mm, òptica de 6mm. Potències mínim de -10.0 diòptries a +32.0 diòptries. Estèril i unitari.

Als efectes de l'acreditació d'aquests requisits, el mateix PPT establí que les empreses havien de presentar, entre altra documentació, la fitxa tècnica del producte amb la inclusió d'aquesta informació:

Requeriments tècnics generals.

La presentació de la oferta tècnica ha d'incloure els següents documents (en paper i format digital):

- *Fitxa tècnica del producte, indicant el codi del material de HSP (en cas de no constar en aquest plec, indicar e número de lot), i les següents dades:*
 - *Referència del fabricant: codi amb el que el fabricant identifica el producte.*
 - *Referència del distribuïdor: codi amb el que el distribuïdor / licitador identifica el producte.*
 - *Marca comercial de l'article.*
 - *Descripció de les característiques bàsiques del producte.*
 - *Descripció de la composició del producte.*
 - *Mesures: indicació de les mides del producte, com la llargada, amplada, diàmetre, etc.*
 - *Certificació de lliure de làtex.*
 - *Certificats necessaris que acreditin els requeriments tècnics i de qualitat exigits per la normativa nacional i internacional vigent sobre la matèria, en particular el marcat CE.*
- *En el cas de que hi hagi equips associats o altre material fungible associat, no codificat, s'haurà de facilitar la fitxa tècnica o facilitar enllaç pàgina web on es pugui trobar aquesta.*
- *Resum d'articles licitats segons Annex d'acompliment obligatòria*
- *Fitxes tècniques de seguretat, si s'escau.*
- *Per als productes estèrils: en tots els productes haurà d'aparèixer a l'envàs la data de caducitat, número de lot, procediment d'esterilització, referència, simbologia adequada, quantitat de producte per envàs i codi de barres, si es disposa del mateix. En tot cas s'haurà d'indicar aquesta característica.*
- *Tot i que en les descripcions tècniques d'alguns materials d'aquest expedient puguin incloure referències específiques de productes, es podran presentar ofertes amb referències equivalents, sempre i quan tinguin la mateixa funcionalitat i compleixin les descripcions tècniques indicades en el present plec.*

Per la seva banda, la clàusula 14 del PCAP i el punt O del quadre de característiques (QC) del PCAP preveien com a motiu d'exclusió el fet que les proposicions no compleixin els requeriments tècnics fixats en el PPT.

Doncs bé, examinat l'expedient tramès, cal posar en relleu, ja d'entrada, que no s'està davant un cas d'incompliment d'una característica bàsica en el producte ofert, sinó de la manca de menció d'aquesta característica en la fitxa aportada per la recurrent a la licitació.

En aquest sentit, no resulta un fet controvertit que l'empresa MEDICONTUR no hagués indicat expressament en la fitxa tècnica de la lent intraocular a subministrar per al lot 4 la

característica “cara posterior amb aberració neutra”, i de la dicció literal continguda en la documentació presentada ara amb el recurs (document 4), que l'òrgan de contractació no contradiu, s'observa que el producte ofert per al lot 4 sí compliria amb el referit requisit per al qual va ser descartat.

Amb l'exclusió de l'oferta de MEDICONTUR per aquest motiu s'aprecia que l'òrgan de contractació parteix d'una premissa inadequada a l'hora de tractar les exclusions basades en incompliments de prescripcions tècniques, d'acord amb la més recent doctrina d'aplicació.

En efecte, cal partir del fet que, davant el dubte que puguin suscitar les ofertes en ordre al compliment o no de les prescripcions exigides, no correspon presumir-ne l'incompliment i descartar-les automàticament, sinó que aquesta dràstica mesura que porta a l'exclusió de l'empresa de la licitació s'ha d'adoptar quan l'incompliment sigui exprés i palmari, de manera que no hi hagi cap mena de dubte que l'oferta és incongruent, s'oposa obertament a les condicions de la licitació, contradiu o no es correspon amb l'objecte del contracte o impedeix la seva finalitat, i no és possible efectuar-ne una interpretació favorable sobre el seu compliment o ajust (entre moltes altres i les que s'hi porten a col·lació, les resolucions 227/2023, 277/2022, 257/2021, 108/2021, 84/2021, 47/2021 i 5/2021 d'aquest Tribunal, 26/2023, 145/2022, 282/2022, 1564/2021 i 608/2021 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales –TACRC–, i l'Acord 6/2023, de 2 de febrer, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón).

Ultra això, d'acord amb la doctrina en aquest àmbit, no pot exigir-se als òrgans de contractació que les proposicions recullin expressament i exhaustivament totes i cadascunes de les prescripcions tècniques previstes en el plec, sinó una descripció tècnica suficient a fi que la mesa pugui qualificar i valorar les ofertes, la qual cosa condueix a una presumpció d'ajust de les ofertes a les prescripcions exigides, davant l'omissió de referències que podrien resultar redundants, d'acord amb l'acceptació incondicionada que suposa la presentació de l'oferta a la licitació ex article 139.1 de la LCSP (a més de les ja citades, les resolucions 157/2016, 134/2016, 88/2016, 47/2016 i 200/2015 d'aquest Tribunal, 35/2021 i 156/2019 de l'Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi, 80/2020 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Canarias, 448/2017 i 985/2015 del TACRC i l'Acord 101/2018 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra).

Així, si de la documentació presentada amb l'oferta no consta clarament l'incompliment, sinó simplement el dubte, l'actuació més respectuosa amb els principis d'igualtat de tracte i concurrència que els òrgans de contractació han de vetllar ex articles 1 i 132.1 de la LCSP és

la de sol·licitar els aclariments i documentació complementària que sigui necessària a fi de dissipar el dubte, amb el límit infranquejable que la nova documentació presentada no constitueixi un canvi o modificació substancial de l'oferta inicial a fi d'ajustar-la a les condicions exigides, tal com resulta d'una doctrina i jurisprudència també consolidades (entre moltes altres i les que s'hi porten a col·lació, les resolucions 11/2021, 5/2021, 163/2020, 300/2019, 266/2019, 223/2018, 162/2018, 51/2018, 41/2018, 160/2017 i 14/2017 i les sentències del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 7 d'abril de 2016, *PARTNER Apelski Dariusz/Zarz ąd Oczyszczania Miasta*, C-324/14, i de 29 de març de 2012, *SAG ELV Slovensko a.s. et al.*, C-599/10).

No escapa de l'anàlisi del Tribunal que el PPT pretengués, en nom de la claredat de les ofertes, la celeritat per a la seva avaluació o altres necessitats de l'òrgan de contractació, que la fitxa tècnica del producte ofert per les empreses reflectís les especificacions tècniques exigides a la lent intraocular, motiu pel qual l'incompliment d'aquesta formalitat va portar l'òrgan de contractació a l'exclusió aquí impugnada i a considerar que no correspon elaborar *ex post* la fitxa tècnica exigida.

Ara bé, aquestes exigències formals han de rebre una interpretació necessàriament restrictiva, màxim si d'elles en deriva l'expulsió d'empreses del procediment, i, en el cas examinat, la manca de menció expressa en la fitxa tècnica aportada amb l'oferta de MEDICONTUR de la característica específica "amb cara posterior amb aberració neutra" no significa que el producte ofert no complís aquesta exigència en el moment de presentació de l'oferta, com sembla a què sí respon el mateix producte ofert segons la documentació tècnica aportada amb el recurs ("*Optic Design: Aspheric – Aberration Neutral*") i que l'òrgan de contractació no ha refutat tècnicament, limitant-se a negar-ho de pla per la simple formalitat exigida.

Si a tot això s'hi afegeix que els plecs transcrits *ut supra* deixaven en mans de les mateixes empreses confeccionar el contingut de les fitxes tècniques amb la descripció de les característiques bàsiques del producte, sense indicar que el que es pretenia era fer-hi constar expressament la reproducció de tots i cadascun dels requeriments mínims del PPT, com sembla inferir-se ara de l'informe de defensa de l'òrgan de contractació, totes les circumstàncies d'aquest cas porten el Tribunal a concloure que el rebuig de l'oferta de MEDICONTUR per la simple omisió de la reproducció d'aquella característica tècnica i sense la possibilitat de dissipar el dubte amb l'aclariment o contrast del seu compliment en el producte ofert, ha estat contrària al principi de proporcionalitat que el mateix article 132.1 de

la LCSP, juntament amb els d'igualtat de tracte i transparència, obliga els òrgans de contractació a observar en la seva actuació.

En aquest ordre de consideracions, cal recordar que, amb caràcter general, l'exclusió de les ofertes licitadores s'ha d'aplicar amb absolut respecte als principis de proporcionalitat i de concurrència (en aquest sentit, per totes, la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 160/2018 i la Resolució 211/2019 d'aquest Tribunal), d'acord amb el dret comunitari de contractes, tal i com indica el tercer paràgraf del considerant 101 de la Directiva 2014/24/UE:

“Al aplicar motivos de exclusión facultativos, los poderes adjudicadores deben prestar especial atención al principio de proporcionalidad. Irregularidades leves deberían llevar a la exclusión del operador económico únicamente en circunstancias excepcionales. Con todo, casos reiterados de irregularidades leves pueden dar lugar a dudas acerca de la fiabilidad de un operador económico, lo que puede justificar su exclusión.”

Així les coses, certament és desitjable, tal com objecta l'òrgan de contractació, que les empreses licitadores apliquin la màxima diligència en la confecció de les ofertes a fi que de les declaracions i documentació que acompanyin quedi clarament demostrat que els productes que ofereixen s'ajusten als requeriments tècnics exigits. Ara bé, la manca de referència expressa a algun d'aquests requisits, com s'ha vist, no pot conduir automàticament a deduir-ne l'incompliment, si no resulta clar i meridià amb allò ja presentat.

En conseqüència, corresponent als serveis tècnics i auxiliars de l'òrgan de contractació l'apreciació de les característiques tècniques de les ofertes, escau estimar el recurs i retrotraure les actuacions al moment immediatament anterior al de l'avaluació de l'oferta de MEDICONTUR per al lot 4, a fi que es qualifiqui l'oferta de la recurrent amb els aclariments i documentació complementària aportats i prossegueixin els tràmits del procediment de contractació.

D'acord amb l'exposat i vistos els preceptes legals d'aplicació, reunit en sessió, aquest Tribunal

ACORDA

- 1.- Estimar el recurs especial en matèria de contractació interposat per A.M.H., en nom i representació de l'empresa MEDICONTUR AVI, SL, contra l'acte d'exclusió d'aquesta empresa del lot 4 del contracte de subministrament de pròtesis i fungible per al servei d'oftalmologia amb destí de la FUNDACIÓ DE GESTIÓ SANITÀRIA DE L'HOSPITAL DE LA SANTA CREU I SANT PAU, que tramita aquesta entitat (expedient OBE 21/599), en el sentit indicat en el fonament jurídic sisè.
- 2.- Aixecar la suspensió del procediment de contractació acordada per aquest Tribunal en data 6 de juliol de 2022, a l'empara del que disposa l'article 57.3 de la LCSP.
- 3.- Declarar que no s'aprecia la concurrència de temeritat o mala fe en la interposició del recurs, per la qual cosa no escau la imposició de la sanció prevista en l'article 58.2 de la LCSP.
- 4.- Indicar a l'òrgan de contractació que, d'acord amb l'article 57.4 de la LCSP, ha de donar coneixement a aquest Tribunal de les actuacions que adopti per complir aquesta resolució.
- 5.- Notificar aquesta resolució a totes les parts.

Aquesta resolució posa fi a la via administrativa i és directament executiva sense perjudici que es pugui interposar recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en el termini de dos mesos, a comptar des de l'endemà de la recepció d'aquesta notificació, de conformitat amb el disposat en els articles 10.1 k) i 46.1 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa, i en l'article 59 de la LCSP.

Aprovat per unanimitat dels membres del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic en la sessió de 13 d'abril de 2023.

Vist i plau

M. Àngels Alonso Rodríguez
Secretària

Carme Lucena Cayuela
Presidenta