



EB 2016/145

Resolución 141/2016, de 22 de diciembre de 2016, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial interpuesto por GETINGE GROUP SPAIN, S.L.U. contra la adjudicación del contrato de “Suministro de elementos suspendidos de techo para cirugía y endoscopia para el Hospital Alfredo Espinosa”, promovido por el Servicio Vasco de Salud-OSAKIDETZA.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El 23 de noviembre de 2016 GETINGE GROUP SPAIN, S.L.U. (en lo sucesivo, GETINGE) interpuso en el registro de la Dirección General del Servicio Vasco de Salud-OSAKIDETZA un recurso especial frente a la adjudicación del contrato de “Suministro de elementos suspendidos de techo para cirugía y endoscopia para el Hospital Alfredo Espinosa”.

El recurso, el expediente del contrato y el informe al que se refiere el art. 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) se recibieron en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en lo sucesivo, OARC / KEAO) el 29 de noviembre de 2016.

SEGUNDO: El mismo día de su recepción se trasladó el recurso a quienes figuran como interesados en el expediente para que formularan las alegaciones que estimaran convenientes. Transcurrido el plazo otorgado, se han recibido el 7 de diciembre de 2016 las de DRÄGER MEDICAL HISPANIA, S.A. (en lo sucesivo, DRÄGER), adjudicatario impugnado del lote 1.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la legitimación del recurrente y la representación de don J.J. G.M. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Según el artículo 40.1 a) del TRLCSP, son susceptibles de recurso especial, entre otros, los contratos de suministros sujetos a regulación armonizada. El contrato objeto de recurso es un suministro con un valor estimado de 447.600,00 €.

TERCERO: El objeto del recurso es la Resolución de 14 de noviembre de 2016, del Director General de OSAKIDETZA, de adjudicación del contrato que, según el artículo 40.2 c) del TRLCSP, es un acto impugnabile ante este OARC / KEAO.

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, OSAKIDETZA tiene la condición de poder adjudicador, en concreto, de Administración Pública, según el artículo 3 del TRLCSP.

SEXTO: Los argumentos de GETINGE son, en síntesis, los siguientes:

a) La resolución de adjudicación acuerda excluirle de los lotes 1 y 2 por “no cumplir con el punto 31 de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP), a cuyo tenor la documentación de los sobres “B” y “C” debía presentarse tanto en formato papel como en formato digital, y en caso de no presentarse en las dos formas se rechazarían las ofertas. Por error, no se incluyó en el sobre “B” la versión digital de la “oferta económica y criterios evaluables de forma automática mediante la aplicación de fórmulas”, aunque sí la versión en papel. El día 2 de noviembre de 2016 GETINGE remitió a la Mesa de contratación en soporte electrónico (CD) la copia literal de la



documentación en papel para añadirla al expediente y dar por subsanado el posible error formal.

Señala que aunque el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001 (en adelante, RGLCAP), afecta solo a la documentación administrativa, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC), en su Resolución 148/2014, ha matizado que cuando se trata de errores formales fácilmente subsanables que no alteran el sentido de las ofertas, la no admisión de proposiciones es contraria al principio de concurrencia.

b) Solicita la anulación de la exclusión, retrotrayéndose las actuaciones al momento de la apertura del sobre “B”, procediéndose a la valoración de las ofertas.

SÉPTIMO: El poder adjudicador en su informe se opone al recurso con los siguientes argumentos:

a) La carátula es parte integrante del PCAP (cláusula 3.2) y su apartado 31.1 prevé que la forma de presentación de la documentación de los sobre “B” y “C” será obligatoriamente en formato papel y en formato digital, y que la no presentación en las dos formas conllevará el rechazo de la oferta. El PCAP rige el procedimiento de adjudicación y en ausencia de impugnación de sus cláusulas su contenido es obligatorio para los licitadores y para el poder adjudicador.

b) Los artículos 1 y 139 del TRLCSP establecen como principios de la contratación pública los de igualdad de trato entre los licitadores y no discriminación, que se deben aplicar a todos los licitadores de la misma manera; por su parte, el artículo 115 del TRLCSP establece que los PCAP incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato, y el artículo 145.1 que la presentación de proposiciones



por los interesados supone la aceptación incondicionada del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna.

c) Solicita la inadmisión del recurso.

OCTAVO: DRÄGER, adjudicatario impugnado del lote 1, efectúa las alegaciones que a continuación se resumen:

La propia GETINGE en su recurso reconoce que «por error no se incluyó la versión en formato digital del sobre “B”», por lo que no es cuestionable el incumplimiento de lo exigido por los pliegos que rigen el contrato. Alude al artículo 145 del TRLCSP y a la aceptación de las cláusulas y condiciones fijadas en los pliegos. La decisión tomada por el órgano de contratación se ajusta a derecho en virtud del artículo 84 del RGLCAP; se trata de un supuesto de incumplimiento de lo dispuesto en los pliegos del contrato, no siendo admisible la subsanación como pretende el recurrente.

NOVENO: El recurrente impugna su exclusión de la licitación al no haber incluido por error en el sobre “B” la copia en formato digital de la “oferta económica y criterios evaluables de forma automática mediante la aplicación de fórmulas”.

Como antecedentes de hecho previos al examen de la cuestión, se debe recordar que la Mesa de contratación en su reunión de 19 de octubre de 2016, como motivo de la apertura y lectura de las proposiciones económicas, acordó excluir a GETINGE « (...) por no cumplir con el punto 31 de la Carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.» El 2 de noviembre de 2016, el recurrente trató de subsanar el error con la remisión de una copia en formato digital a la Mesa de contratación, intento subsanación que niega OSAKIDETZA en su informe al recurso. El Acuerdo de exclusión le fue comunicado mediante la Resolución de 14 de noviembre de 2016 de adjudicación del contrato, cuando el recurrente ya había tratado de subsanar la omisión que motivó su exclusión.



La resolución de recurso requiere el examen del contenido de la carátula del PCAP en su apartado “31.- Otros sobres- documentación que debe presentar la licitadora la objeto de evaluar los criterios de valoración de las ofertas”, que tras indicar la documentación a introducir en cada lote en los sobres “B” y “C”, en su parte final en un cuadro informativo advierte que:

LA DOCUMENTACIÓN presentada en los distintos sobres “B” y “C” será obligatoria su presentación tanto en formato papel como en formato digital (en este caso obligatoriamente mediante archivos cuya información/contenido sea seleccionable, ya sean pdf, Word, Excel.....). En caso de no presentarse de las dos formas conllevará el rechazo de la oferta presentada por la licitadora. En caso de discrepancia entre la documentación presentada en formato digital y la presentada en formato papel primará la presentada en formato digital.

Es cierto que el cuadro reproducido señala de forma muy clara la obligatoriedad de la presentación de los contenidos de los sobre “B” y “C” en formato papel y el formato digital, y como afirman el poder adjudicador y el adjudicatario impugnado, se trata de una prescripción de unos pliegos que no ha sido impugnados.

También es cierto que tanto el artículo 81.2 del RGLCAP como el artículo 27 del Reglamento de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto 817/2009, prevén la subsanación de errores u omisiones en la documentación relativa a la capacidad de obrar y solvencia de los licitadores.

Este OARC / KEAO ha manifestado en diversas ocasiones (Resolución 093/2016 con referencia a la Resolución 020/2015) que «La exigencia de una formalidad concreta va unida a dos principios como son el de transparencia, según el cual las reglas que rigen la licitación deben ser lo suficientemente claras como para poder ser entendidas de la misma forma y de manera constante durante todo del procedimiento por todos los interesados que desplieguen una mínima diligencia para su interpretación; y el de igualdad, que impide admitir una forma de presentación distinta a la exigida cuando conlleva una ventaja respecto de los licitadores que sí han



cumplido, como sucede si se otorga la oportunidad de ofrecer mayor información alterando las reglas establecidas. A estos principios hay que añadir los de libertad de acceso a la licitación y de proporcionalidad.»

No cabe duda de que la advertencia que contiene el apartado 31.1 de la carátula sobre la presentación de la documentación en formato papel y en formato digital cumple con el principio de transparencia porque su dicción es clara y no ha sufrido alteraciones durante el procedimiento.

Sobre el principio de igualdad, siguiendo el hilo argumentativo ya expuesto en la Resolución 093/2016 citada, se debe expresar que el incumplimiento que motiva la exclusión no altera el contenido de la oferta ni la valoración que la misma pudiera merecer en la aplicación de los “criterios de valoración por aplicación de fórmula” que prevé el apartado 30.2.1 de la carátula del PCAP. Es más, de la lectura del cuadro informativo anteriormente reproducido, que hace referencia a que el formato digital debe ser «obligatoriamente mediante archivos cuya información/contenido sea seleccionable, ya sean pdf, Word, Excel...», parece deducirse que la presentación de la documentación en estos formatos digitales tiene por objeto facilitar la labor del órgano de contratación en la elaboración de los informes sobre criterios de juicio de valor y criterios que requieren la aplicación de fórmulas, sin que el formato digital parezca tener otra virtualidad. No contradice lo anterior el hecho de que en el apartado 31.1 de la carátula esté expresamente prevista la exclusión del licitador que no presente la documentación en ambos formatos; la exclusión acordada impide al licitador continuar en el procedimiento, decisión que no es en este caso proporcional a la omisión que la causa, que bien pudiera haberse corregido con la concesión de un trámite como la subsanación, y que los pliegos no contemplan pero tampoco prohíben, que ni siquiera sería una aclaración de la oferta sino el cumplimiento de un mero requisito formal que el licitador podría fácilmente haber satisfecho. Además, la concesión del trámite de subsanación no hubiera supuesto la ampliación del plazo de presentación de la oferta ni tampoco la concesión de una ventaja competitiva para el licitador puesto que los términos



de su oferta ya estaban fijados en la parte de la documentación entregada en formato papel.

Finalmente, sobre el principio de proporcionalidad (recogido actualmente en el artículo 18.1 de la Directiva 2014/24/UE), este OARC / KEAO en su reciente Resolución 137/2016, con referencia a las Resoluciones 011/2016 y 045/2015, ha manifestado que «toda medida que se tome debe ser necesaria y proporcionada al fin perseguido, lo que impide adoptar un acto de graves consecuencias, como la exclusión de un licitador, con justificación en una causa irrelevante, como la omisión de un requisito que no aporta nada al contenido esencial de la proposición.»

En conclusión, procede estimar el recurso de GETINGE. La consecuencia de la admisión del motivo impugnatorio es la retroacción de las actuaciones hasta el momento en que la Mesa de contratación debió otorgar la opción de subsanación del error formal observado, trámite que “motu proprio” satisfizo el recurrente el 2 de noviembre de 2016.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41. 3 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por GETINGE GROUP SPAIN, S.L.U. contra la adjudicación del contrato que tiene por objeto el “Suministro de elementos suspendidos de techo para cirugía y endoscopia para el Hospital Alfredo Espinosa”, anulando la Resolución de 14 de noviembre de 2016, del Director General de OSAKIDETZA, y ordenando la



retroacción de las actuaciones hasta el momento de la apertura de los sobres “B” de “oferta económica y criterios evaluables de forma automática mediante la aplicación de fórmulas”, aceptando la oferta digital que el recurrente envió a la Mesa de contratación el 2 de noviembre de 2016, que deberá ser valorada junto con el resto de proposiciones.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento, a la vista de lo dispuesto en el artículo 47.4 TRLCSP.

TERCERO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

CUARTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2016ko abenduaren 22a

Vitoria-Gasteiz, 22 de diciembre de 2016