



Recurso nº 1166/2016 C.A. Galicia 164/2016

Resolución nº 117/2017

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

En Madrid, a 27 de enero de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D.M.V.A., en nombre y representación de INSTRUMENTACION Y COMPONENTES, S.A. (INYCOM) contra el Acuerdo de fecha 18 de noviembre de 2016, de la mesa de contratación de la Dirección General de Recursos Económicos del Servicio Gallego de Salud, por la que se acuerda excluir a dicha Sociedad del procedimiento para la licitación del contrato de *"Suministro de equipamiento electromédico de diagnóstico por imagen, con destino a los bloques quirúrgicos del Hospital Universitario de A Coruña y del Hospital del Salnés"* (Expediente AB-SER2-16-007), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Dirección General de Recursos Económicos del Servicio Gallego de Salud convocó, mediante anuncio publicado en el DOUE, Diario Oficial de Galicia y BOE respectivamente en fechas 30 de agosto de 2016 y 2 y 8 de septiembre siguientes, licitación para adjudicar por procedimiento abierto, el contrato arriba referido, con un valor estimado para el Lote al que se refiere este contrato –Lote 1- de 130.000 € y un valor estimado para todos los lotes, ascendiente a 413.000 €; fijándose como fecha límite para la presentación de ofertas el 4 de octubre de 2016.

A la licitación concurrieron, presentando proposición dentro del plazo concedido al efecto, un total de veinticuatro ofertas, entre ellas la de la recurrente.



Segundo. Del Pliego de Prescripciones Técnicas –en adelante PPT- rector de la licitación del Lote 1 cabe destacar, a los efectos que interesan al presente recurso, la cláusula – relativa a las SONDAS, que dice así:

Se incluirá al menos las siguientes sondas que cubran el espectro de aplicaciones cardiológicas.

- *1 Sonda Transtorácica con las siguientes características:*

- ◊ *Frecuencia media aproximada de 2,5 MHz. Especificar rango de frecuencias*

- ◊ *Permitirá imagen de armónicos.*

- ◊ *Especificar el número de elementos.*

- *2 Sonda transesofágica 4D de adultos con las siguientes características:*

- ◊ *Frecuencia media aproximada de 5 MHz. Especificar rango de frecuencias.*

- ◊ *Multiplanar.*

- ◊ *Permitirá imagen de armónicos.*

Tercero. Tras reunirse la Mesa de contratación el día 11 de octubre de 2016, para realizar el examen de la documentación administrativa incluida en el sobre A de las empresas que participaban en el procedimiento, comprobando que todas las empresas presentaron correctamente dicha documentación, salvo las que se indicaba, por lo que se acordaba concederles un plazo máximo de tres días hábiles para su subsanación, cosa que hicieron. El día 21 de octubre siguiente tuvo lugar el acto de apertura del sobre B (relativo a la documentación relativa a criterios no valorables de forma automática); siendo así que en fecha 18 de noviembre de 2016, se reunió la mesa de contratación, con objeto de estudiar el informe técnico de incumplimiento de mínimos establecidos en el PPT del Lote 1 por parte de la recurrente y otra empresa, aprobando la mesa de contratación dicho informe y acordando excluir, por los motivos indicados en el repetido informe, la oferta presentada por tales empresas.



Cuarto. Frente a la resolución de exclusión, notificada el día 18 de noviembre de 2016 y basada en lo que se refiere a la recurrente en que “El número total de sondas incluidas es de 2, una transtorácica y una transesofágica, inferior al solicitado en el PPT `Se incluirán al menos las siguientes sondas: Una sonda transtorácica y 2 sondas transesofágicas 4D de adultos”, la entidad recurrente, conforme al artículo 44 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público –en adelante TRLCSP-, presentó, previo anuncio ante el órgano de contratación, recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal mediante escrito que tuvo entrada en él, por vía electrónica, en fecha 12 de diciembre de 2016.

Quinto. En el recurso se razonaba que la exclusión de la oferta de la recurrente del procedimiento de licitación es una decisión contraria al pliego de prescripciones técnicas (lote 1, folio 3) y, subsidiariamente, a lo previsto en el ordenamiento jurídico sobre las normas de interpretación de las cláusulas de los pliegos que rigen los contratos administrativos, constituyendo en su caso un error, inducido por la deficiente expresión y redacción del PPT que es imputable exclusivamente a la Administración que promueve la licitación y del que no puede verse perjudicada la oferta presentada por INYCOM. Y ello en cuanto que sostenía que del PPT se deducía que sólo era exigible una sola sonda transtorácica y una transesofágica, y no como había concluido la mesa, una transtorácica y dos transesofágicas.

Sexto. Al amparo de lo previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP, se solicitó del órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido éste acompañado del correspondiente informe de fecha 9 de enero de 2017.

Séptimo. La Secretaría del Tribunal, el 4 de enero de 2017, dio traslado del recurso interpuesto a los interesados en la licitación, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que formularan alegaciones, sin que tal trámite fuera utilizado.

Octavo. El 22 de diciembre de 2016 la Secretaria del Tribunal por delegación de éste, acordó la concesión de la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación (artículos 43 y 46 del TRLCSP).



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal es competente para conocer del presente recurso especial en materia de contratación, a tenor de lo establecido en el artículo 41, apartados 1 y 5, del TRLCSP y del Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Galicia sobre atribución a este Tribunal de competencia sobre recursos contractuales suscrito el 7 de noviembre de 2013 y publicado por Resolución de la Subsecretaría de Hacienda y Administraciones Públicas de 12 de noviembre de 2013 en el BOE de 25 de noviembre de 2013.

Segundo. En aplicación del artículo 42 del TRLCSP ha de entenderse que la recurrente ostenta legitimación activa para la interposición del recurso.

Tercero. Se recurre el acuerdo de fecha 18 de noviembre de 2016, de la mesa de contratación de la Dirección General de Recursos Económicos del Servicio Gallego de Salud, por la que se acuerda excluir a la sociedad recurrente del procedimiento para la licitación del contrato de suministro de equipamiento electromédico de diagnóstico por imagen, con destino a los bloques quirúrgicos del Hospital Universitario de A Coruña y del Hospital del Salnés (Expediente AB-SER2-16-007).

El acuerdo es recurrible toda vez que aunque se impugna la exclusión en relación con un Lote (el 1) cuyo valor estimado es inferior al que señala el artículo 15 del TRLCSP como el mínimo para que se trate de un contrato sujeto a regulación armonizada (130.000 euros es el valor de dicho lote y el que fija el Texto Refundido es de 135.000 o 209.000 euros según el caso), sin embargo, supera el umbral mínimo legal el valor acumulado de los lotes en que se divide el suministro, lo que motiva que el contrato esté sujeto a regulación armonizada de conformidad con el artículo 15.2 de la Ley.

Cuarto. Se han cumplido las prescripciones del plazo y lugar de presentación del escrito de interposición establecidas en el artículo 44 del TRLCSP.

Quinto. Entrando en las alegaciones hechas en contra del acuerdo de exclusión, se afirma, como queda dicho que tal exclusión es una decisión contraria al pliego de prescripciones técnicas (lote 1, folio 3) y, subsidiariamente, a lo previsto en el ordenamiento jurídico sobre



las normas de interpretación de las cláusulas de los pliegos que rigen los contratos administrativos, constituyendo, en su caso, un error inducido por la deficiente expresión y redacción del PPT que es imputable exclusivamente a la Administración que promueve la licitación y del que no puede verse perjudicada la oferta presentada por INYCOM. Y ello en cuanto que sostenía que del PPT se deducía que sólo era exigible una sola sonda transtorácica y una trasesofágica, y no como había concluido la mesa, una transtorácica y dos trasesofágicas.

Sexto. Como se apuntó, la cláusula del PPT en que se basa la exclusión aquí recurrida, reza:

Se incluirá al menos las siguientes sondas que cubran el espectro de aplicaciones cardiológicas.

- *1 Sonda Transtorácica con las siguientes características:*

- ◊ *Frecuencia media aproximada de 2,5 MHz. Especificar rango de frecuencias*

- ◊ *Permitirá imagen de armónicos.*

- ◊ *Especificar el número de elementos.*

- *2 Sonda trasesofágica 4D de adultos con las siguientes características:*

- ◊ *Frecuencia media aproximada de 5 MHz. Especificar rango de frecuencias.*

- ◊ *Multiplanar.*

- ◊ *Permitirá imagen de armónicos.*

Estribando la discusión en si el pliego exige o puede ser entendido como que exige que se oferte sólo una sonda trasesofágica, o bien, como sostiene el órgano de contratación es claro y evidente que se exigen dos de tales sondas. Así, el recurrente aduce que el Pliego habla de sonda trasesofágica en singular, mientras que en la comunicación de exclusión, en



contra de la letra y expresión literal del Pliego, se refiere a esta sonda en plural (2 sondas transesofágicas).

Séptimo. Como razona acertadamente el recurso, la doctrina sobre la interpretación de las cláusulas de los pliegos rectores de los contratos administrativos que pudieran resultar ambiguas o contradictorias de este Tribunal es uniforme y reiterada en la aplicación de los criterios hermenéuticos que se recogen en los artículos 1.281 y ss del Código Civil cuando las dudas interpretativas de los pliegos no pueden resolverse a través de la legislación de contratos públicos.

Así, entre más, la Resolución de fecha 29 de abril de 2016 (la nº 325/2016, dictada en el Recurso nº 216/2016), sienta la posibilidad de impugnar la exclusión del licitador con fundamento en la nulidad del pliego de prescripciones técnicas por resultar su contenido incomprensible o contradictorio, leyéndose en su Fundamento de Derecho 8º cuanto sigue:

"Expuestas así las posiciones de las diferentes partes afectadas, debemos partir analizando la posibilidad o no de alegar en el recurso frente a la exclusión del licitador un vicio de nulidad en el pliego de prescripciones técnicas, y solo en el caso de que la respuesta sea afirmativa, entrar a valorar la trascendencia que deba tener en el procedimiento de licitación que nos ocupa.

Para resolver esta cuestión debemos partir de la sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2015 (asunto C-538/13), que aborda entre otras cuestiones, el plazo para impugnar las cláusulas contenidas en el pliego cuando los licitadores no pueden comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informa exhaustivamente sobre los motivos de su decisión. En estos casos, de acuerdo con lo argumentado en la sentencia con fundamento en las Directivas de recursos, el vencimiento del plazo establecido en el derecho nacional para impugnar las condiciones de la licitación no impide que puedan cuestionarse algunas de estas condiciones al impugnar la decisión de adjudicación del contrato.

En efecto, la citada sentencia indica que "58 En consecuencia, procede responder a la primera cuestión prejudicial, letra c), que el artículo 1. apartado 1, párrafo tercero, de la Directiva 89/665 y los artículos 2, 44, apartado 1. y 53, apartado 1. letra a). de la Directiva



2004/18 deben interpretarse en el sentido de que exigen que un derecho de recurso relativo a la legalidad de la licitación sea accesible, tras el vencimiento del plazo previsto por el Derecho nacional, a un licitador razonablemente informado y normalmente diligente que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión. Tal recurso podrá interponerse hasta que finalice el plazo de recurso contra la decisión de adjudicación del contrato".

De acuerdo con lo expuesto, si se comprueba que las condiciones de la licitación eran efectivamente incomprensibles para el licitador y que se vio en la imposibilidad de interponer un recurso en el plazo previsto por el Derecho nacional, el licitador podrá impugnar estas condiciones hasta que finalice el plazo previsto para recurrir contra el acto de adjudicación del contrato.

Esta es también la línea que siguen otros Tribunales Administrativos, como el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en Resolución 232/2015, de 12 de abril y el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA) en el Acuerdo 94/2015, de 26 de octubre de 2015.

En este último, si bien se reconoce que los tribunales administrativos de recursos contractuales suelen inadmitir por extemporáneos los recursos especiales interpuesto contra actos de exclusión o adjudicación, en los que se alegan cláusulas ilegales, señala que esta doctrina debe matizarse con la citada sentencia del TJUE, y así lo indica el Acuerdo 94/2015, de 26 de octubre al indicar que "Sin embargo, la aplicación efectiva de la Directiva 89/665, de 21 de diciembre de 1989, de recursos en materia de contratos públicos, reformada por la Directiva 2007/66/CEE, de 11 de diciembre, que tiene como objetivo garantizar el correcto cumplimiento de la normativa comunitaria en materia de contratación pública, debe habilitar la interposición de un recurso especial contra el acto de adjudicación, o de exclusión como en este caso, en el que el recurrente alegue la infracción del ordenamiento jurídico en las regulaciones de los pliegos, cuando dicha infracción aún no le suponía una lesión directa que le excluía del procedimiento licitatorio"



Añadiendo que "... como pone de manifiesto la doctrina más autorizada, la negación general de la posibilidad de impugnar las bases una vez que se ha presentado la oferta no cohonesta con las Directivas de recursos. Lo que se explica porque no siempre es sencillo detectar las posibles infracciones de las reglas del procedimiento antes de la presentación de las ofertas. La efectividad de la Directiva de recursos, exige poder depurar las ilegalidades de los pliegos -que el licitador advierte en un momento posterior al conocimiento de éstos- cuando se valora la oferta y se aplican los criterios de adjudicación. Es entonces cuando se produce la lesión en sus derechos. Se trata, afirma la doctrina, de considerar que el efecto útil de la Directiva de recursos queda cercenado, si determinadas previsiones de un pliego -que aún no causan lesión efectiva en los derechos de los licitadores, ni impiden su participación en la licitación, pero que, efectivamente, son contrarias a los principios básicos de la contratación pública- no pueden ser recurridas cuando es notificado el acto de adjudicación, o el acto de exclusión, que es cuando se produce la lesión efectiva en los derechos del licitador".

La conclusión a la que llega el TACPA es que "... no es admisible, en contra del efecto útil de la Directiva de recursos, una interpretación del artículo 145.1 TRLCSP que supone consentir causas de nulidad de pleno derecho, o infracciones de los principios básicos de la contratación pública, por presumir el consentimiento o aquiescencia del licitador, por su mera participación en la licitación sin recurrir el pliego"

Lo expuesto justifica que este Tribunal entre a valorar el fondo del asunto y se pronuncie sobre la cláusula 2.5 del PPT.

Noveno. Tanto de las alegaciones presentadas por la recurrente ALCON CUSI S.A y por los interesados BAUSH&LOMB S.A y ABBOT MEDICAL OPTICS, como del Informe elaborado por el órgano de contratación, resulta que de la redacción de la citada cláusula se podían desprender interpretaciones contradictorias, como efectivamente ha ocurrido, y por ello mismo no puede dudarse de su ambigüedad u oscuridad, lo que en modo alguno puede perjudicar a los licitadores, como este Tribunal ha manifestado en múltiples resoluciones.

En esas resoluciones (por todas, la Resolución 49/2011, de 24 de febrero) ya señalábamos que si las dudas de interpretación en los pliegos no es posible solventarlas de acuerdo con



las previsiones de la Ley de Contratos del Sector Público, debe acudir al Código Civil, cuyo artículo 1.288 dispone que "la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad". Cuando, como es el caso, los términos de los pliegos no son claros, plantean dudas sobre su intención y no hay una única interpretación lógica de los mismos aun estando a su sentido literal, la oscuridad o ambigüedad en las cláusulas del pliego, en modo alguno puede interpretarse a favor de la parte que la haya ocasionado, esto es, el órgano de contratación.

Así pues, resta analizar las consecuencias que deba tener la oscuridad o ambigüedad de la citada cláusula, y en este caso no se estima necesario acordar la retroacción de las actuaciones hasta el momento de redacción de los pliegos con el objeto de que estos se redacten correctamente, ya que el propio órgano de contratación en su informe va ha procedido a señalar cuál es la adecuada interpretación de la misma, al indicar expresamente que "este diámetro de las soluciones ofertadas debía partir de un mínimo de 5,6 mm y llegar a una dimensión superior a 6mm (en función del rango dióptrico)", por lo cual este Tribunal considera conveniente que, previa anulación del acuerdo de 2 de marzo de 2016, sólo en cuanto a la declaración de haber quedado desierto el lote 4, se retrotraigan las actuaciones al efecto de que se conceda nuevo plazo a todos los licitadores para que presenten nuevamente sus ofertas al citado lote 4, en los términos indicados por la cláusula 2.5 de acuerdo con la interpretación que ha manifestado el órgano de contratación".

Por su parte, es doctrina también de este Tribunal la de que queda prohibida la interpretación contra preferentem de los pliegos, con la consecuencia de que de concluirse por el Tribunal que la oscuridad en los pliegos imposibilita una lectura unívoca de los mismos, han de retrotraerse las actuaciones al momento anterior a la formulación de los pliegos a fin de que éstos se redacten correctamente. Se lee así en el Fundamento de Derecho 4º de la Resolución de 11 de septiembre de 2015 (Resolución nº 809/2015, recaída en el Recurso nº 815/2015 Comunidad Valenciana 138/2015) que:

"En esas resoluciones (por todas, la Resolución 293/2014, de 4 de abril) ya señalábamos que si las dudas de interpretación en los pliegos no es posible solventarlas de acuerdo con las previsiones de la Ley de Contratos del Sector Público, debe acudir al Código Civil, cuyo artículo 1.288 dispone que "la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no



deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad". Cuando, como es el caso, los términos de los pliegos no son claros, plantean dudas sobre su intención y no hay una única interpretación lógica de los mismos aun estando a su sentido literal, la oscuridad o ambigüedad en las cláusulas del pliego, en modo alguno puede interpretarse a favor de la parte que la haya ocasionado, esto es, el órgano de contratación.

Admitida por este Tribunal esa oscuridad o ambigüedad en las cláusulas del pliego que rige la licitación, no puede sin embargo estimarse la pretensión de la recurrente de que se admita y valore su oferta, pues tal pretensión sería contraria a los principios de igualdad de trato y no discriminación respecto a los licitadores que hayan hecho otra interpretación de los pliegos.

Al considerar el Tribunal que la oscuridad en los pliegos imposibilita una lectura unívoca sobre la incidencia de la ampliación de plazas de la zona azul en las ofertas económicas, habrán de retrotraerse las actuaciones al momento anterior a la formulación de los pliegos a fin de que éstos se redacten correctamente".

Octavo. Aplicando dicha doctrina al caso que nos ocupa, resulta que lo razonado por el órgano de contratación en su informe es que resulta claro que el Pliego de Prescripciones Técnicas cuando diferencia entre "número de unidades" y "descripción del producto". Dice así, que el número de unidades (1, 2 etc.), puede implicar que nos encontremos gramaticalmente ante un singular o un plural, (una sonda transesofágica o dos sondas transesofágicas) aunque –añade- lo correcto a la hora de proceder a la "descripción del producto" es utilizar el singular, cualquiera que fuere el número de unidades que antecede a esta descripción.

Sin embargo, a criterio de este Tribunal, dada la redacción del PPT, el mismo puede inducir a confusión como en este caso ha ocurrido, confusión que se hubiera evitado si en vez de incorporar al epígrafe "sondas" los números 1 y 2, se hubiera efectuado la separación de los números respecto del texto mediante paréntesis u otros signos, como el punto y raya o el simple punto [1), 2) ... 1.-, 2.-... 1., 2.], o bien el indicativo de ordinalidad "º" (léase 1º y 2º); o bien, si se hubiera utilizado el plural en la descripción de la sonda transesofágica. Existe, por tanto una contradicción entre el presunto carácter cardinal del número 2 empleado y la



descripción del epígrafe “sonda transesofágica” en singular, lo que ha dado lugar a una confusión no achacable al recurrente.

En consecuencia, de acuerdo a lo razonado más arriba, toda vez que la oscuridad en los pliegos imposibilita una lectura unívoca de los mismos, han de retrotraerse las actuaciones al momento anterior a la formulación de los pliegos a fin de que éstos se redacten correctamente.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D.M.V.A., en nombre y representación de INSTRUMENTACION Y COMPONENTES, S.A. (INYCOM), contra el Acuerdo de fecha 18 de noviembre de 2016, de la mesa de contratación de la Dirección General de Recursos Económicos del Servicio Gallego de Salud, por la que se acuerda excluir a dicha Sociedad del procedimiento para la licitación del contrato de *“Suministro de equipamiento electromédico de diagnóstico por imagen, con destino a los bloques quirúrgicos del Hospital Universitario de A Coruña y del Hospital del Salnés”* (Expediente AB-SER2-16-007), de modo que, en los términos recogidos en el último fundamento de derecho de esta Resolución se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a la formulación de los pliegos a fin de que éstos se redacten correctamente.

Segundo. Levantar la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación, conforme al artículo 47.4 del TRLCSP.

Tercero. 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 de dos meses, a contar desde el día siguiente al de 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.