

Barcelona, 27 de març de 2018

**Resolució núm.: 51/2018**

Vist el recurs especial en matèria de contractació presentat per la senyora S.P.D., en nom i representació de l'empresa SMITH & NEPHEW, SAU, i el recurs presentat pel senyor J.S.E., en nom i representació de l'empresa EXACTECH IBÉRICA, SLU, ambdós contra la resolució d'adjudicació de l'acord marc per al subministrament agregat d'implants quirúrgics cirurgia ortopèdica genoll per als centres hospitalaris de l'Institut Català de la Salut i altres centres adherits, licitat per l'Institut Català de la Salut (expedient CS/CC00/1100632078/17/MAR), a data d'avui, aquest Tribunal ha adoptat la resolució següent:

**ANTECEDENTS DE FET**

**PRIMER.** La licitació es va publicar en data 23 de febrer de 2017 en el Diari Oficial de la Unió Europea (DOUE) S38, i també en el perfil de contractant de l'Institut Català de la Salut (des d'ara, ICS), inserit en la Plataforma de serveis de contractació pública, a través del qual es va posar a disposició dels interessats el plec de clàusules administratives particulars (des d'ara, PCAP) i el plec de prescripcions tècniques (en endavant, PPT) que regeixen l'acord marc de referència, per al subministrament de pròtesis de genoll i components complementaris, dividit en 13 lots i amb un valor estimat de 22.353.942,37 euros, sense IVA.

**SEGON.** Iniciat el procediment, en data 18 d'abril de 2017, la mesa de contractació de l'ICS es va reunir per a l'obertura dels sobres que contenen les ofertes tècniques i econòmiques de les licitadores. En data 28 d'abril de 2017 es van publicar en el perfil de contractant les ofertes econòmiques presentades.

**TERCER.** En data 26 de juliol de 2017, en atenció a la proposta d'adjudicació efectuada el dia abans per la mesa de contractació i a la seva valoració de les ofertes d'acord amb els informes emesos pels tècnics designats, l'ICS va adjudicar a diverses licitadores els articles integrants dels lots 1 a 12, i va declarar deserta la licitació del lot 13.

En data 28 de juliol de 2017, l'òrgan de contractació va remetre a les licitadores la notificació de la resolució d'adjudicació, que es va publicar també el mateix dia en el perfil de contractant.

**QUART.** Els dies 9 i 17 d'agost de 2017, les empreses SMITH & NEPHEW, SAU (en endavant, SMITH) i EXACTECH IBÉRICA, SLU (des d'ara, EXACTECH), respectivament, van presentar en el registre del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (en endavant, Tribunal), cadascuna d'elles, recurs especial en matèria de contractació, prèviament anunciat a l'òrgan de contractació.

Tots dos recursos es dirigeixen contra la resolució d'adjudicació dels lots 1, 2, 3 i 5, defensant, en termes pràcticament idèntics, la procedència de l'exclusió de l'oferta de l'empresa ZIMMER BIOMET SPAIN, SLU (des d'ara, ZIMMER), per contenir errors i incongruències que, a parer de les empreses recurrents i segons la interpretació que se'n faci, o bé situen dita oferta en situació de baixa temerària, o bé suposen l'oferiment d'un preu superior al màxim de licitació. Per tot això, en ambdós recursos se sol·licita l'exclusió de l'oferta de l'empresa ZIMMER.

Adicionalment, en el recurs de l'empresa EXACTECH s'afegeix una pretensió addicional, que es fonamenta en l'errònia valoració per part de la mesa de contractació de la proposició d'aquesta empresa en els lots 1, 3 i 6 pel que fa a un criteri d'adjudicació. Així, EXACTECH sol·licita la retroacció de les actuacions al moment anterior a la valoració de l'oferta, si bé, com es desprèn del *petitum* del recurs, amb caràcter subsidiari respecte de la primera pretensió deduïda.

Finalment, per mitjà d'altresí, en ambdós recursos se sol·licita la suspensió de l'expedient administratiu.

**CINQUÈ.** Simultàniament, la Secretaria tècnica del Tribunal va notificar a l'òrgan de contractació, amb remissió de còpia dels recursos interposats, i va reclamar-li la remissió de l'expedient de contractació i els informes corresponents, d'acord amb l'article 46.2 del Reial

decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes del sector públic (en endavant, TRLCSP), l'article 22 del Decret 221/2013, de 3 de setembre, pel qual es regula el Tribunal i s'aprova la seva organització i el seu funcionament (des d'ara, Decret 221/2013), i preceptes concordants del Reial decret 814/2015, d'11 de setembre, pel qual s'aprova el Reglament dels procediments especials de revisió de decisions en matèria contractual (en endavant, RD 814/2015).

El 22 d'agost de 2017, l'òrgan de contractació va trametre la documentació de l'expedient de contractació. Així mateix, a requeriment del Tribunal, en dates 31 d'agost i 1 i 4 de setembre de 2017, va aportar documentació addicional que havia estat inicialment omesa.

**SISÈ.** En data 1 de setembre de 2017, de conformitat amb els articles 46.3 del TRLCSP i 29 del RD 814/2015, la Secretaria tècnica del Tribunal va obrir el període d'al·legacions de cinc dies hàbils a les parts interessades, d'acord amb les dades indicades per l'òrgan de contractació, per tal que presentessin al·legacions, si així ho consideraven oportú.

En data 6 de setembre de 2017, l'empresa B. BRAUN SURGICAL, SA (en endavant, BRAUN) va presentar un únic escrit d'al·legacions als dos recursos adherint-se a la pretesa exclusió de l'oferta de l'empresa ZIMMER.

En data 7 de setembre de 2017, l'empresa STRYKER IBERIA, SL (en endavant, STRYKER) va presentar també al·legacions, una per a cada recurs, i en què, tot i que s'adhereix al motiu relatiu a l'exclusió de ZIMMER, s'oposa a la segona pretensió deduïda de forma subsidiària en el recurs d'EXACTECH.

Finalment, també en data 7 de setembre de 2017, l'empresa ZIMMER va presentar les seves al·legacions d'oposició a totes les pretensions deduïdes per les recurrents.

## **FONAMENTS JURÍDICS**

**PRIMER.** Aquest Tribunal resulta competent per resoldre el recurs especial en matèria de contractació, d'acord amb l'article 41.3 del TRLCSP, la disposició addicional 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.

Respecte a la normativa aplicable a aquest contracte, de conformitat amb l'apartat 1 de la disposició transitòria primera de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les Directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014 (LCSP), que ha entrat en vigor el 9 de març de 2018, cal aclarir que aquesta licitació es regeix pel seu règim jurídic (TRLCSF i Directives de quarta generació) atès que es tracta d'un expedient de contractació iniciat abans de l'entrada en vigor de la LCSP.

Quant a la normativa aplicable per a la resolució del recurs especial en matèria de contractació, atès que el procediment de recurs es va iniciar abans de l'entrada en vigor de la LCSP, de conformitat amb l'apartat 4 de l'esmentada disposició transitòria primera de la LCSP, continuarà tramitant-se aquest procediment fins a la seva resolució d'acord amb el TRLCSF.

Adicionalment, s'aprecia entre els recursos presentats una identitat substancial i una íntima connexió que, d'acord amb els articles 20 del Decret 221/2013 i 57 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques (des d'ara, LPAC), el faculten per procedir a la seva acumulació. Cal recordar que l'acumulació de recursos, conforme estableix també l'article 13 del RD 814/2015, constitueix una potestat d'aquest Tribunal que pot acordar a iniciativa pròpia. De la lectura dels dos recursos presentats s'aprecia aquesta identitat o íntima connexió en el seu objecte, atès que ambdós es refereixen al mateix procediment de contractació i es dirigeixen contra un mateix acte, es fonamenten en els mateixos motius d'impugnació i les parts interessades són també les mateixes. Per tant, d'acord amb el principi d'economia procedimental i a fi d'evitar pronunciaments contradictoris, es fa aconsellable acumular els recursos presentats per SMITH i EXACTECH, per resoldre'ls en un únic procediment i mitjançant una única resolució.

**SEGON.** L'acord marc de subministrament de referència, atès el seu caràcter harmonitzat, és susceptible del recurs especial en matèria de contractació, de conformitat amb l'article 40.1 del TRLCSF.

**TERCER.** Els recursos es dirigeixen contra l'adjudicació, expressament prevista per l'article 40.2.c) del TRLCSP com un acte susceptible del recurs especial en matèria de contractació.

**QUART.** El Tribunal aprecia en les parts recurrents drets i interessos afectats per l'acte impugnat i, per tant, la necessària legitimació activa per interposar els recursos, d'acord amb els articles 42 del TRLCSP 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 44.4 del TRLCSP.

**CINQUÈ.** Els recursos s'han presentat dins del termini de quinze dies hàbils que estableix l'article 44.2 del TRLCSP. També s'han presentat en forma, ja que compleixen amb els requisits establerts a l'article 44.4 del TRLCSP.

**SISÈ.** Tant el recurs de l'empresa SMITH com el de l'empresa EXACTECH es fonamenten, el primer amb caràcter únic i el segon amb caràcter principal respecte de l'altra petició subsidiària que conté, en la procedència de l'exclusió de l'oferta econòmica presentada en els lots 1, 2, 3 i 5 per l'empresa licitadora ZIMMER, per incórrer en un evident error en l'elaboració de la seva oferta per diferents motius.

En primer lloc, per haver inserit en la columna "*Preu unitari oferta amb IVA*" del lot 1 uns valors que sumen un import de només 0,000007 euros que, tenint en compte que el preu màxim de licitació per aquest lot és, segons l'annex A del PPT, de 2.140 euros, suposa una pràctica anti-competitiva de *dumping* o venda a pèrdua i que situaria l'oferta en presumpció de temeritat.

En segon lloc, per haver consignat els preus oferts per referència en la columna "*Preu Unitat mínima de venda*", enlloc de fer-ho en la columna "*Preu unitari oferta amb IVA*", i en haver reiterat aquests preus en la columna "*Preu sortida amb IVA (tots els elements)*", que no havia de completar-se.

En tercer lloc, perquè la suma d'aquests darrers preus inserits en les columnes "*Preu Unitat mínima de venda*" i "*Preu sortida amb IVA (tots els elements)*" supera el preu màxim de licitació

fixat en l'annex A del PPT per a cadascun dels lots examinats. Per exemple, en el lot 1 sumen 2.495 euros quan el màxim fixat als plecs és, com s'ha dit, 2.140 euros.

Dit això, les empreses recurrents conclouen que en qualsevol de les dues hipòtesis possibles -és a dir, ja sigui perquè ZIMMER ha ofert un preu "zero" o bé imports que superen el preu màxim de licitació-, la conclusió ha de ser la mateixa, això és, l'exclusió de la seva proposició en els lots 1, 2, 3 i 5.

Adicionalment, les entitats impugnants qüestionen també la falta de coincidència de la suma dels preus consignats per l'empresa ZIMMER en les referides columnes "*Preu Unitat mínima de venda*" i "*Preu sortida amb IVA (tots els elements)*" amb els imports reflectits per l'òrgan de contractació en l'annex 3 de la resolució d'adjudicació. Aquests darrers sí serien inferiors al preu màxim de licitació i serien aparentment coincidents amb l'import que resultaria de sumar únicament els elements obligatoris -no els opcionals- ofert per ZIMMER.

Per la seva banda, l'òrgan de contractació, en l'informe emès de conformitat amb l'article 46.2 del TRLCSP, s'oposa a l'anterior motiu defensant que, malgrat que l'empresa ZIMMER es va equivocar a l'hora de confeccionar la seva oferta econòmica -atès que no va introduir el seu preu a la columna correcta, sinó a la columna "*Preu sortida amb IVA (tots els elements)*" que no s'havia d'omplir-, es tracta d'un error manifest i indiscutible, ja que de la mera observació de l'oferta s'aprecia l'errada i també la veritable intenció de l'oferent, així com la coincidència dels preus erròniament referenciats en aquesta columna amb els de la columna "*Preu Unitat mínima de venda*", tal i com també han deduït les pròpies empreses recurrents. L'òrgan de contractació justifica també la confusió de l'empresa ZIMMER en el fet que el model d'oferta econòmica estàndard de l'ICS hauria estat excepcionalment modificat per aquesta licitació.

Quant a la superació dels imports màxims de licitació, l'ICS exposa que, en el moment de la valoració de les ofertes, es va apreciar que efectivament el total ofert per l'empresa ZIMMER sobrepassava el preu de licitació; motiu pel qual l'òrgan de contractació va demanar aclariment a aquesta empresa, en la mesura que semblava que havien incorporat el preu d'elements no inclosos en els articles configurats. En resposta a aquest requeriment, l'empresa ZIMMER va adjuntar un nou Excel d'aclariment a l'oferta econòmica inicialment presentada declarant que havien inclòs components que no eren bàsics ni complementaris, sinó no necessaris i que, per tant, els retiraven. Aquest aclariment va ser acceptat per l'ICS, i també l'oferta de l'empresa ZIMMER, d'acord amb un criteri antiformalista i per no donar-se cap dels supòsits de l'article

84 del Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat pel Reial decret 1098/2001, de 21 d'octubre (RGLCAP), atès que el model d'oferta no s'havia variat substancialment ni s'alterava el seu contingut, sinó simplement es tractava d'aclarir una confusió apreciable a simple vista en la columna a omplir i es va constatar que, un cop retirats els components no necessaris, l'oferta de ZIMMER no superava el preu de sortida establert a la licitació.

En tràmit d'al·legacions, les empreses BRAUN i STRYKER s'adhereixen a aquest motiu dels recursos de SMITH i EXACTECH, defensant l'exclusió de l'oferta de ZIMMER per incomplir l'obligació de no excedir del preu màxim de licitació i per contenir defectes no esmenables que van provocar que l'òrgan de contractació la valorés incorrectament pel fet de tenir en compte només els elements obligatoris i no els opcionals de dita oferta.

Finalment, també en tràmit d'al·legacions, l'empresa ZIMMER defensa que l'aclariment de la seva oferta econòmica no va variar els termes econòmics dels elements primaris o obligatoris oferts, sinó que es va limitar a suprimir els elements complementaris, que no eren necessaris, tal com resultaria de la fitxa tècnica dels productes oferts. En aquest sentit, sosté que no s'han vulnerat els principis d'igualtat de tracte i no discriminació entre licitadors i s'oposa a l'exclusió de la seva oferta, assenyalant que és la que ha obtingut les millors puntuacions tècniques.

**SETÈ.** Exposades les postures de les parts comparegudes, admès l'error tant per l'òrgan de contractació com per la pròpia licitadora afectada en la configuració de la seva oferta, escau al Tribunal determinar si aquest defecte és susceptible d'aclariment o esmena.

Amb caràcter previ, per tal de donar resposta a la qüestió plantejada, cal tenir en compte quin és l'actual tractament a nivell doctrinal i jurisprudencial de la possibilitat d'aclariment i esmena de les ofertes.

Com ja anat tractant aquest Tribunal en diferents ocasions (entre d'altres, les resolucions 44/2018, 41/2018, 170/2017, 160/2017 i 14/2017), la possibilitat d'aclariment o esmena de les proposicions és una potestat excepcional que, en el seu cas, ha de ser efectuada d'acord amb les condicions que la jurisprudència i la doctrina han conformat (en particular, les sentències del Tribunal de Justícia de la Unió Europea -TJUE- de 7 d'abril de 2016 -assumpte C-324/14, *PARTNER Apelski Dariusz/Zarz ąd Oczyszczania Miasta*- i de 29 de març de 2012 -assumpte

C-599/10, SAG ELV Slovensko a.s. et al.-), això és, entenent que mai pot suposar modificar, completar o canviar l'oferta amb posterioritat al finiment del termini de presentació de les proposicions, sinó simplement de corregir errors materials manifestos o d'aclarir dubtes que es desprenguin de la documentació inclosa en la proposició i es puguin dissipar fàcilment.

En concret, la citada Sentència del TJUE de 29 de març de 2012 estableix que:

*“37. En efecto, en el caso que 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. (...) 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.” (el subratllat és nostre)*

En aquest sentit, també, és il·lustrativa la Resolució 898/2016 del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals (TACRC), que recorda que:

*“(...) nuestro Ordenamiento ha venido distinguiendo entre la subsanación de defectos o errores que afectan a la denominada documentación administrativa y la de aquellos otros que afectan a la formulación de las ofertas. En cuanto a los primeros, la regla ha sido la de la absoluta subsanabilidad aun guardando la debida separación entre las fases del procedimiento (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, 2 de julio de 2004 –Roj STS 4703/2004-), en tanto que, para los segundos, la solución ha sido mucho más restrictiva. Es elocuente, en este sentido, que el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre; en adelante, RGLCAP) sólo se refiera a la subsanación de defectos en la documentación administrativa, y si es verdad que dicho precepto no puede ser interpretado “sensu contrario” vedando toda posibilidad de conceder ocasión de salvar los que se presenten en las ofertas, sí que debe servir como criterio interpretativo de exigencia de mayor rigor en la determinación y concreción de las mismas (cfr.: Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de marzo de 2014 –Roj SAN 1684/2014).*

(...)

*Así, por un lado, ésta se muestra proclive a admitir la subsanación de errores en la fase de admisión a la licitación, permitiendo al órgano de contratación reclamar documentos sobre la capacidad o situación personal del empresario que no fueron aportados por éstos pese a exigirse en el pliego, y siempre que en él se hubiera previsto en tales casos la sanción de exclusión (cfr.: Sentencias TJUE, Sala Décima, de 10 de octubre de 2013 -asunto C-336/12- y*



6 de noviembre de 2014 –asunto C-42/13-). Sin embargo, se muestra mucho más cauta cuando los defectos afectan a las ofertas, pues, en ellas sólo considera ajustadas las meras aclaraciones o correcciones de errores materiales manifiestos, y además con el límite de que no suponga una nueva oferta (cfr.: Sentencia TJUE, Sala Cuarta, 29 de marzo de 2012 -asunto C-599/10-) así como en los casos en los que la ambigüedad de las ofertas pueda explicarse de modo simple y disiparse fácilmente (cfr.: STGUE, Sala Quinta, 10 de diciembre de 2009 –asunto T-195/08-).

(...)

Como dijimos en nuestra Resolución 633/2013 (reiterada, entre otras, en las Resoluciones 221/2014 y 104/2015, entre otras), lo decisivo es que “la aclaración no propicie el otorgamiento de un trato de favor a un interesado en detrimento de los demás, en el sentido de que diera lugar a que aquél, después de conocer el contenido de las otras ofertas, pudiera alterar la proposición inicialmente formulada”. En el caso que nos atañe, la subsanación que la recurrente echa en falta supondría no ya la posibilidad de alterar los términos de la proposición formulada, sino, lisa y llanamente, de redactar “ex novo” una parte sustancial de su oferta.” (el subratllat i el ressaltat és nostre)

També les resolucions 402/2016 i 296/2015 del TACRC posen l'èmfasi en què:

“(…) para que sea admisible la subsanación es necesario que de la oferta presentada sea posible deducir claramente **cuál era la voluntad de la licitadora**, siendo el defecto un mero error de cuenta o de carácter puramente formal, pero no será admisible cuando el defecto sea material de suerte que la subsanación suponga una alteración de la oferta inicial.” (el subratllat i el ressaltat és nostre)

Dit això, valgui assenyalar també que, en el cas examinat, els plecs són taxatius al disposar que les ofertes no podran superar el pressupost màxim estipulat. En aquest sentit, la clàusula 9.1 del PPT estableix:

*“Tots els licitadors poden presentar oferta contra un, varis o tots els tipus de pròtesis i components complementaris, continguts al pla de necessitats.*

*Per cada tipus de pròtesi, cada proveïdor podrà presentar totes aquelles ofertes que consideri oportú, sempre que:*

- *Acompleixin les característiques tècniques definides per l'article.*
- *No superin el preu màxim de sortida estipulat (la suma del preu dels seus components bàsics i complementaris no superi el preu màxim de la unitat estàndard)*

(...)” (el subratllat és nostre)

Malgrat la claredat dels plecs en aquest extrem, l'oferta de l'empresa ZIMMER va incloure una sèrie d'elements el preu dels quals excedia el preu màxim de sortida estipulat per a cadascun dels lots. Deixant de banda els altres errors de l'oferta presentada per aquesta licitadora com

a conseqüència de la inserció de valors en columnes que no corresponia, la superació dels límits de preu establerts en els plecs no pot considerar-se un defecte intranscendent.

En efecte, s'ha utilitzat el tràmit d'aclariment concebut per l'òrgan de contractació per modificar l'objecte de l'oferta inicialment presentada i per alterar-ne el contingut, fins al punt de passar de ser una oferta inviable, pel fet de superar el pressupost base de licitació ex article 84 del RGLCAP, a ser una oferta viable i, finalment, adjudicatària, en reduir el seu objecte i, per tant, també, el seu preu total. Es tracta, doncs, de molt més que una simple correcció o de l'aclariment d'un punt dubtós.

En aquests casos, cal tenir present que no pesa sobre l'òrgan de contractació l'obligació de sol·licitar l'esmena de la proposició presentada, havent de suportar les empreses licitadores les conseqüències de l'incompliment del seu deure de diligència en la preparació d'aquesta (en aquest sentit, per totes, a més de la doctrina ja citada, les resolucions 393/2017, 532/2016 i 16/2013 del TACRC, i les resolucions 212/2017, 171/2017 i 163/2016 del Tribunal Administratiu de Recursos Contractuals de la Junta d'Andalusia -TARCJA-).

Per tant, l'admissió de l'aclariment i posterior adjudicació de l'oferta de l'empresa ZIMMER suposa una excessiva permissivitat davant l'incompliment del referit deure de diligència, i que excedeix dels límits de la possibilitat d'aclarir les ofertes delimitats per la doctrina tot just citada i suposa una vulneració dels principis d'igualtat de tracte i de no discriminació, en perjudici de la resta de licitadores que, amb la deguda diligència, van ajustar les seves ofertes a allò exigint a les bases de la licitació.

A l'anterior cal afegir que el tràmit d'aclariment de l'oferta en qüestió s'ha plantejat en clau bilateral entre la licitadora afectada i l'òrgan de contractació, al marge de la resta de licitadors –de la lectura dels seus respectius escrits es fa evident que ni les recurrents ni la resta d'interessats que han intervingut en torn d'al·legacions n'estaven al corrent-, la qual cosa contravé els principis que pretenen afavorir la transparència en l'actuació administrativa i el desenvolupament d'una competència sana i efectiva entre les empreses que participen en una licitació pública (en aquest sentit, les sentències del Tribunal General de la Unió Europea de 10 de novembre de 2017 -assumpte T-668/15, *Jema Energy/Empresa Común*-, 9 de setembre de 2009 -assumpte *Brink's Security Luxembourg, SA*- i de 12 de març de 2008 -assumpte T-332/02, *European Network/Comissió*-).

A més de l'anterior, l'aclariment es va produir en data 8 de maig de 2017, tal com resulta de l'escrit aportat tant per l'òrgan de contractació com per la pròpia licitadora afectada, i, per tant, amb posterioritat a la publicació en el perfil de contractant de l'ICS del contingut de les ofertes econòmiques de la resta de licitadores, que, com s'ha dit en els antecedents, es va produir el 28 d'abril de 2017. En aquest sentit, valgui destacar la Resolució 264/2017 del Tribunal Administratiu de Contractació Pública de la Comunitat de Madrid (TACPCM) que, també en un supòsit d'error en la configuració del preu en l'oferta econòmica, va concloure que:

*“Considera el Tribunal que dicho error, lejos de ser un error tipográfico o de transcripción constituye un error esencial que afecta a la configuración misma de la oferta puesto que impide al órgano de contratación conocer cuál de los dos importes debe tenerse en cuenta para determinar el importe final de su proposición económica. No hay elementos de juicio que permitan determinar que se trata de un error de traslación, sino que se trata de un error en la introducción del dato en diferentes celdas (...). Únicamente una declaración del licitador permitiría al órgano de contratación determinar cuál de los dos es el importe correcto, **declaración que al haberse hecho públicas las proposiciones económicas no puede solicitar el órgano de contratación pues se vulneraría flagrantemente el principio de no discriminación y de igualdad de trato entre los distintos candidatos.**”* (el subratllat i el ressaltat és nostre)

És per tot això que, davant la improcedència de l'aclariment pretès, l'oferta de ZIMMER havia de ser rebutjada per l'òrgan de contractació de conformitat amb l'article 84 del RGLCAP, el qual estableix:

*“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.”* (el subratllat és nostre)

Per tant, escau estimar els recursos presentats per les empreses SMITH i EXACTECH, pel que fa a aquesta concreta pretensió i, en conseqüència, procedeix anul·lar l'adjudicació.

**VUITÈ.** Finalment, havent estimat l'anterior motiu, no escau entrar en l'anàlisi del fons de la pretensió articulada amb caràcter subsidiari en el *petitum* del recurs de l'empresa EXACTECH, referent a l'errònia valoració de la seva oferta pel que fa al criteri tècnic “rotació femoral” en els lots 1, 3 i 6, malgrat l'aplanament formulat per l'òrgan de contractació amb relació a aquest motiu subsidiari. Cal recordar que aquest Tribunal no és un òrgan fiscalitzador, sinó que queda

limitat per les al·legacions de les parts i la petició del recurs, amb el topall de les exigències del principi de congruència i la prohibició de l'anomenada *reformatio in peius*, com no pot ser d'una altra manera, de conformitat amb els articles 47.2 del TRLCSP i 26 del Decret 221/2013.

Ara bé, sorprèn al Tribunal l'abast que pot adoptar l'aplanament formulat per l'ICS, en tant que s'està fent referència a una incorrecta redacció dels plecs o, fins i tot, a la necessitat de revisar la configuració de l'estructura dels lots en què es divideix la licitació. En aquest sentit, valgui recordar a l'òrgan de contractació que, una vegada produïda l'adjudicació del contracte, com és el cas, no està facultat per deixar el procediment de contractació sense efectes per la via unilateral de l'article 155 del TRLCSP, sinó per mitjà de la corresponent revisió d'ofici prevista en l'article 34 del mateix cos legal, tal com han declarat aquest i altres tribunals competents per a la resolució de recursos contractuals en nombroses ocasions (per totes, les resolucions 126/2017 i 93/2016 d'aquest Tribunal i les resolucions 209/2017 i 1073/2015 del TACRC).

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 la senyora S.P.D., en nom i representació de l'empresa SMITH & NEPHEW, SAU, i el recurs especial en matèria de contractació interposat pel senyor J.S.E., en nom i representació de l'empresa EXACTECH IBÉRICA, SLU, ambdós contra la resolució que adjudica l'acord marc per al subministrament agregat d'implants quirúrgics cirurgia ortopèdica genoll per als centres hospitalaris de l'Institut Català de la Salut i altres centres adherits, licitat per l'Institut Català de la Salut (expedient CS/CC00/1100632078/17/MAR), d'acord amb el fonament jurídic setè.

2.- Aixecar la suspensió automàtica de l'adjudicació prevista en l'article 45 del TRLCSP, a l'empara del que disposa l'article 47.4 del mateix cos legal.

3.- Declarar que no s'aprecia la concurrència de mala fe o temeritat en la interposició dels recursos, per la qual cosa no escau la imposició de la sanció prevista en l'article 47.5 del TRLCSP.

4.- 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 49 del TRLCSP.

Aprovat per unanimitat del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic en la sessió de 27 de març de 2018.

Vist i plau

M. Àngels Alonso Rodríguez  
Secretària

Neus Colet i Arean  
Presidenta