

Recurso nº 130/2019

Resolución nº 131/2019

RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA

En Santiago de Compostela, a 6 de xuño de 2019.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por DRÄGER MEDICAL HISPANIA, S.A.U. contra a adxudicación dunha subministración de lámpadas cirúrxicas con destino a diversos hospitais do Servizo Galego de Saúde, expediente AB-SER2-18-009, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia (TACGal, en adiante) en sesión celebrada no día da data, adoptou, por unanimidade, a seguinte Resolución:

ANTECEDENTES DE FEITO

Primeiro.- Polo Servizo Galego de Saúde convocouse a licitación do contrato subministración de lámpadas cirúrxicas con destino a diversos hospitais do Servizo Galego de Saúde, expediente AB-SER2-18-009, cun valor estimado declarado de 462.000 euros.

Segundo.- O 13.05.2019 DRÄGER MEDICAL HISPANIA, S.A.U. interpuxo recurso especial en materia de contratación, a través do formulario telemático existente a tal fin.

Terceiro.- Recibido o expediente e o informe ao que se refire o artigo 56.2 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público (en adiante, LCSP), trasladouse o recurso aos interesados, presentándose alegacións pola empresa GALMEDICA S.L.

Cuarto.- En data 21.05.2019 resolveuse manter a suspensión do procedemento derivada do artigo 53 LCSP.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

Primeiro.- Ao abeiro do artigo 35 bis da Lei 14/2013, de 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico, corresponde a este Tribunal a competencia para resolver este recurso.

Segundo.- O presente recurso tramitouse conforme aos artigos 44 a 60 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público, e, no que fose de aplicación, polo Real Decreto 814/2015, de 11 de setembro, polo que se aproba o Regulamento dos procedementos especiais de revisión de decisións en materia contractual e de organización do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais.

Terceiro.- A recorrente foi licitadora nesta contratación, clasificouse en segundo lugar e pretende con este recurso a revogación da adxudicación, polo que a súa lexitimación resulta incuestionable.

Cuarto.- Impugna o acordo do 23.04.2019 de adxudicación desta licitación, notificado o mesmo día, polo que o recurso foi interposto en prazo.

Quinto.- Ao impugnarse o acordo de adxudicación nun contrato de subministración de valor estimado superior a 100.000 €, o recurso é admisible.

Sexto.- O recorrente argumenta que a empresa adxudicataria debeu ser excluída da licitación por incumprir a súa oferta varias das obrigas recollidas nos pregos da licitación.

Respecto ás características da instalación das lámpadas cirúrxicas o recorrente sinala:

“- Incumplimiento del punto 1 del apartado correspondiente a las características de instalación de las lámparas quirúrgicas LED del PPT:

La Oferta (página 17 del informe técnico de GALMEDICA, S.L., a cuyo contenido nos remitimos) únicamente incluye un “plano de implantación tipo” con altura de suelo a falso techo de 3 metros, por lo que se incumplen los siguientes requisitos exigidos por el PPT:

(iv) *una propuesta de instalación adaptada a las configuraciones especiales de cada hospital, teniendo en cuenta la altura reducida de algunos de sus techos (techos bajos);*

(v) *una memoria de instalación reflejando cada una de las configuraciones ofertadas, teniendo en cuenta las diferentes alturas de los quirófanos; y*

(vi) *un plano de implantación en planta y alzado con los movimientos posibles, alturas, radios de acción y plano de conexionados.*

- Incumplimiento del punto 3 del apartado correspondiente a las características de instalación de las lámparas quirúrgicas LED del PPT:

Siguiendo la exposición efectuada por esta parte en el Antecedente de Hecho CUARTO de este recurso, en el supuesto de que se instalen los equipos de GALMEDICA, S.L., la ausencia de soluciones técnicas a la existencia de techos bajos impedirá el ejercicio de la actividad médica con normalidad y sin interferencia.

Nuevamente quisiéramos resaltar que nos encontramos ante el suministro de equipos médicos para quirófanos, siendo de vital importancia el cumplimiento íntegro del PPT, por cuanto que se podría llegar a la situación de poner en riesgo la vida de los pacientes en el caso de que la actividad médica no se pudiera desarrollar sin interferencias o complicaciones derivadas del suministro de equipos que no cumplen con la “lex contractus” prevista en el PPT.”

O PPT a este respecto establece no seu apartado denominado “características de instalación” o seguinte:

“El sistema de suspensión deberá adaptarse a las características constructivas de los quirófanos, garantizando en todo caso la máxima operatividad del sistema. Deberán estudiarse las alturas de los quirófanos determinando aquellos en los que serán necesarias configuraciones especiales para techos bajos; la oferta deberá incluir la propuesta de instalación adaptada a estas necesidades. Deberá entregarse dentro de la Documentación descriptiva de la Oferta (sobre B) una memoria de instalación reflejando cada una de las configuraciones ofertadas para las diferentes alturas de quirófanos, así como plano de implantación en planta y alzado con todos los movimientos posibles, alturas y radios de acción y plano de conexionados.

El licitador podrá verificar la situación de los bloques quirúrgicos con la visita planificada a las instalaciones destinatarias del equipamiento solicitado.

El montaje deberá en todo caso garantizar una altura libre al suelo adecuada, que permita realizar la actividad médica sin interferencias.

Se estudiarán las posibles distribuciones en función de la operatividad del sistema y las posibles colisiones.”

Comprobada a oferta da adxudicataria, na mesma consta a este respecto dun documento encabezado coa denominación “planos típicos” na que figura soamente un esquema da lámpada a subministrar.

Segundo o informe do órgano de contratación a este recurso:

“En la propuesta de instalación presentada por GALMEDICA figura un plano típico que se establecen los movimientos de rotación y radio de acción de la cúpula y la altura de esta en relación al suelo y un diagrama de instalación de brazos resorte en el eje central, donde se observa las posibilidades de ajuste respecto al techo. Por lo que sí se contemplan configuraciones diferentes atendiendo a la altura de los techos.”

Este Tribunal xa se pronunciou en diversas ocasións sobre a necesidade de que o informe do órgano de contratación dea cumprida resposta aos motivos de impugnación expostos no recurso, presentando os argumentos precisos en defensa da súa actuación no expediente da licitación, algo que non sucede de xeito adecuado neste suposto que se nos presenta. Na Resolución TACGal 75/2018 recollíamos:

“...o informe preceptivo do órgano de contratación debe expresar as razóns e motivacións da súa postura sobre as cuestións que son obxecto de debate. Como sinala a Resolución 34/2015 do Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Aragón (TACPA, en adelante):

“La finalidad del informe es proporcionar al Tribunal datos, valoraciones y opiniones precisos, para la formación de su voluntad y la adopción de sus acuerdos o resoluciones”.”

Así, non pode acoller este Tribunal a mera e xenérica aseveración de que “sí se contemplan configuraciones diferentes atendiendo a la altura de los techos”. Se acudimos ao plano xenérico aportado polo adxudicatario, o que aparece é que a altura da que parte no referido á liña do teito é só con referencia aos 3.000 mm, como tal altura da liña de teito. Pois ben, segundo resulta desta licitación, os teitos aos que se refire este subministración non teñen a mesma altura, senón que en varios casos pode ser inferiores,

algo que non se menciona no plano presentado polo adxudicatario en canto que a liña de teito.

Pero é que ademais a este respecto os pregos da licitación eran claros e moi explícitos na documentación a presentar, esixindo entre outros aspectos que se reflectisen *“cada una de las configuraciones ofertadas para las diferentes alturas de quirófanos”*, algo que non sucede na oferta presentada, na que nin sequera se fai mención aos diversos centros hospitalarios existentes. Os pregos indicábanlle con claridade aos licitadores que *“Deberán estudiarse las alturas de los quirófanos determinando aquellos en los que serán necesarias configuraciones especiales para techos bajos”*, polo que dificilmente se pode argumentar que a simple incorporación na oferta dun plano denominado polo propio licitador como mero “plano típico” dea cumprimento a esas precisas esixencias establecidas nos pregos.

Debemos resaltar que ese detalle na documentación esixida ten unha clara finalidade establecida tamén no PPT, como é a de *“garantizar una altura libre al suelo adecuada, que permita realizar la actividad médica sin interferencias”*, algo que expresamente cuestiona o recorrente con detalle e concretas medicións e ao que o informe do órgano a este recurso non da ningunha resposta.

Outra vez, recalcamos a importancia dese informe no recurso especial, con cita do recente Acordo 27/2019 do Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Aragón:

“Expuestos los términos del debate, este Tribunal debe poner de manifiesto en primer lugar que en el informe emitido por el órgano de contratación, en cuanto a los argumentos que esgrime la actora, ni refuta, ni contradice, ni rechaza, ni desmiente los mismos, ya que simplemente se limita a manifestar, tal y como se ha transcrito, que el documento aportado «se acomoda a lo exigido en el pliego de condiciones administrativas» y, en cuanto a las cuestiones de forma del denominado certificado relativo a la cámara acorazada, incluso se llega a reconocer en el mencionado informe que el aportado «no llevaba fecha ni indicaba quien lo firmaba».

Sobre los requisitos que debe reunir el informe del órgano de contratación que acompaña a la remisión del expediente a consecuencia de la interposición de un recurso especial en materia de contratación, procede apuntar que ya en el Acuerdo 6/2016, de 18 de enero, este Tribunal al respecto afirmaba: «Con carácter general, conviene recordar, que uno de los objetivos, o propósitos, que debe perseguir el informe del órgano de contratación, que se acompaña a la remisión del expediente, es el de refutar, contradecir o desmentir, con argumentos o razones, lo que afirma o dice el recurrente. De manera que constituya una crítica a la credibilidad de la narración que lleva a cabo quien recurre,

con el objeto de desautorizar o invalidar el recurso. La refutación tiene como finalidad demostrar que lo dicho por el recurrente no es cierto o válido, o bien que carece de fundamento».

En el caso que nos ocupa, el informe del órgano de contratación carece de los mínimos requisitos para desautorizar los argumentos del recurso.”

A empresa adxudicataria nas súas alegacións sinala en diversas ocasións que o axuste da súa oferta ao esixido nos pregos da licitación non pode ser obxecto de comprobación ata o momento da execución contractual, polo que o recurso debe ser desestimado. Este Tribunal debe rexeitar esa aseveración que non se axusta aos principios básicos da contratación pública, pois é algo evidente que un poder adxudicador debe comprobar que as distintas ofertas presentadas polos licitadores non vulneran os requirimentos fixados na licitación, máis aínda nun caso coma o presente nos que os pregos son claros ao respecto da documentación a presentar e moi taxativos ao respecto: *“... deberá adaptarse a las características constructivas de los quirófanos ...Deberán estudiarse las alturas de los quirófanos ..la oferta deberá incluir la propuesta de instalación adaptada a estas necesidades. Deberá entregarse dentro de la Documentación descriptiva de la Oferta (sobre B) ...plano de implantación en planta y alzado con todos los movimientos posibles, alturas y radios de acción y plano de conexiones (...) Se estudiarán las posibles distribuciones en función de la operatividad del sistema y las posibles colisiones.”*

De feito, nesta mesma licitación houbo unha exclusión obxecto do recurso especial 16/2019, onde para decretar o incumprimento por incongruencia da oferta para o órgano foi relevante contar precisamente con eses planos, polo que, outra vez, é evidente que a esixencia recollida nos pregos, ademais de ser textual, non era indiferente, e diso debemos partir dada a literalidade da cláusula.

En relación a esta instalación das lámpadas, GALMEDICA S.L. alega que presentou dous documentos, o plano típico xa indicado e unha páxina da súa memoria na que constan as diferentes alturas dos “brazos de resortes”, polo que daría cumprimento ao esixido polos pregos. Ademais, acompaña ás súas alegacións un escrito do fabricante no que se recolle que as lámpadas se fabrican para cada quirófano e que se adaptan a diferentes alturas ata tres metros.

Pois ben, sobre esa páxina en concreto o primeiro que debemos sinalar é que a mesma forma parte das instrucións de instalación da lámpada, como parte diferenciada ao plano, nas que se van indicando as formas de colocación dos seus diferentes

compoñentes e nas que non existe nin unha soa mención aínda indirecta, e non só na páxina mencionada polo recorrente senón na súa totalidade, aos espazos obxecto desta licitación.

Tamén debemos facer referencia ao escrito do fabricante que o recorrente acompaña sas súas alegacións, pois se ben a súa veracidade técnica non pode ser obxecto de comprobación por este Tribunal, no mesmo se indica que *“las lámparas ofertadas se fabrican, una vez realizado el pedido, ad hoc para cada quirófano, y una vez tomadas las medidas oportunas”*, o que é unha proba de que no momento de presentación da oferta se descoñecían esas medidas, polo que dificilmente se pode entender cumprido o mandato claro e expreso do PPT respecto a que *“la oferta deberá incluir la propuesta de instalación adaptada a estas necesidades”* resultantes das diferentes alturas.

A maiores, e tras recoñecer a empresa alegante que na súa oferta *“no se ha presentado un plano de implantación”*, sinala que iso foi debido a *“que no se permitió el acceso a los quirófanos”* e a que a información facilitada polo órgano de contratación foi incompleta.

Estas dúas alegacións deben ser rexeitadas. Sobre a falta de información, a empresa alegante non formulou oposición ao contido dos pregos, nin consta no expediente remitido a este Tribunal que se lle denegase calquera solicitude de información ou aclaración formulada ao respecto, polo que non pode alegar neste momento escuridade nas condicións da licitación. E a alegación de que non se permitiu o acceso aos quirófanos non se nos mostra axustada á realidade, posto que ademais de estar expresamente prevista no PPT esa posibilidade, no perfil do contratante do órgano de contratación consta publicados os días 20.09.2018 e 21.09.2018 a información respecto ao horario de visitas ás distintas instalacións.

Nesta licitación as condicións esixidas respecto á documentación a presentar polos licitadores era clara e destacada no PPT con relación á altura. Así, e como xa indicamos anteriormente, sinálase en negrilla que *“dentro de la documentación descriptiva de la oferta (sobre B)”* deberá incluírse *“una memoria de instalación reflejando cada una de las configuraciones ofertadas para las diferentes alturas de quirófanos, así como plano de implantación en planta y alzado con todos los movimientos posibles, alturas”*, recollendo expresamente o prego que *“la oferta deberá incluir la propuesta de instalación adaptada a estas necesidades”*, sen que na oferta da adxudicataria se aprecien cumpridos eses requisitos.

Outra vez, nesa oferta non consta ningún plano de implantación dese nivel, algo que expresamente GARMÉDICA S.L. recoñece nas súas alegacións, nin existe mención algunha ás diferentes alturas ás que se refire a licitación, polo que debemos concluir que a oferta presentada carece da información esixida nos pregos.

Reiteramos que os pregos establecían a necesidade de presentar esa documentación coa oferta técnica dos licitadores, coa finalidade de poder comprobar nese momento que o “*sistema se adaptase a las características constructivas de los quirófanos*”, polo que estando así configurada a licitación esa esixencia obriga a todos os licitadores ou se produciría unha vulneración do principio de igualdade.

En definitiva, fixadas con claridade nos pregos as obrigas a cumprir polos licitadores, estas determinacións vinculan a todos os participantes e ao órgano de contratación, que non se pode afastar do esixido pois suporía unha evidente vulneración do principio de igualdade. A Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Madrid 128/2011, de 14 de febreiro, FX 3, é moi clara ao respecto:

“...si bien la Administración ostenta, en un primer momento, un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios que han de reunir los que concurren al concurso así como en la determinación de la puntuación atribuible a cada uno de aquellos, no acontece lo propio con la asignación particularizada a cada uno de los concursantes a la vista de la documentación presentada. En esta segunda fase la Administración debe respetar absolutamente las reglas que ella estableció en el correspondiente pliego. Es incontestable que en materia de concursos el pliego de condiciones se constituye en la ley del concurso (SsTS de 28 de Junio de 2.004, recurso de casación 7106/00, y de 24 de Enero de 2.006, recurso de casación 7645/00)”.

Tal e como sinala o Tribunal de Xustiza da Unión Europea na súa Sentenza de 28 de xuño de 2016 (asunto T-652/14):

“Por otro lado, si la EUIPO [entidad contratante] no se hubiera atendido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores”.

Igualmente, a STS de 12 de abril de 2000 (Rec.19884/1992) establece que:

“Estas bases contenidas en el pliego son la ley del concurso y obligan por igual a la Administración y a los concursantes. El eludirlos en relación con uno de ellos supone una infracción de los principios de seguridad jurídica y de igualdad, pues se crea, por un lado, una incertidumbre entre los interesados sobre cuáles son las consecuencias que hay que atribuir al incumplimiento de las bases y, por otro, se produce un privilegio en favor del incumplidor frente al resto de los participantes que han sido escrupulosos en respetar los mandatos del pliego”.

En consecuencia, a falta de axuste da oferta da empresa adxudicataria ás condicións fixadas no PPT para a súa presentación débese a unha deficiencia que só a ela lle é imputable, debido a unha falta de dilixencia na configuración da súa proposta, e o seu análise non corresponde á fase de execución contractual, posto que é a oferta en si mesma a que non se axusta ao esixido nos pregos da licitación.

A participación nunha licitación supón a asunción da obriga de cumprimento dunha serie de cargas formais que, ademais de ir orientadas a que a adxudicación se realice á oferta economicamente máis vantaxosa, pretenden garantir que o procedemento se tramite en condicións de igualdade entre todos os licitadores, de conformidade cos principios de transparencia e non discriminación establecidos na lexislación contractual (artigo 1 da LCSP).

Polo tanto, as proposicións deben axustarse ao indicado polos pregos da licitación, tal e como recolle o artigo 139 LCSP, e por iso as ofertas que non se axusten ao seu contido deben ser excluídas.

Tampouco podemos acoller a alegación da adxudicataria ao respecto de posibles incumprimentos da empresa recorrente, xa sexa posto que non cabe nesta vía de recurso unha reconvenção como a pretendida, unido á existencia doutros licitadores. Así, por citar unha, Resolución 105/2018 do Tribunal Administrativo de Recursos Contractuais da Junta de Andalucía:

“Al respecto, si entendemos tal alegato como una especie de reconvención de la entidad interesada frente a la recurrente, ha de señalarse, que el trámite de alegaciones en el recurso no es una suerte de reconvención que permita tramitar en un mismo procedimiento pretensiones distintas de las formuladas por la recurrente (v.g. Resoluciones de este Tribunal 193/2017, de 2 de octubre y 6/2018, de 12 de enero, entre otras, y Resolución 807/2017 de 22 de septiembre, entre otras, del Tribunal Administrativo

Central de Recursos Contractuales, entre otros órgano de resolución de procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual).”

Todo o cal determina que debamos estimar o recurso presentado en canto a este motivo de impugnación.

Se ben esta estimación fai innecesaria a análise dos outros motivos do recurso, sinalar que non apreciamos incumprimento no referente ás características técnicas da iluminación das lámpadas, ou non se mostra nos argumentos do recorrente.

Respecto á alegación do recorrente ao respecto de que os equipos ofertados por GALMEDICA, S.L. non conteñen un compartimento posterior recolleables, o recurso explicaba que “... *la Oferta presentada por GALMEDICA, S.L. no contiene referencia alguna al compartimento posterior recogecables de las lámparas (ni en foto ni en la memoria descriptiva).*”

O PPT establecía ao respecto:

“Los brazos portamonitores estarán preparado para soportar al menos monitores de 24” con gran capacidad interna para el paso de cables y soporte para monitor plano tipo VESA con empuñadura esterilizable y compartimento posterior recogecables, debiendo incorporar el cableado eléctrico y de imagen para la instalación futura de monitor. Especificar características”

Fronte a isto, o órgano de contratación indica expresamente no seu informe que esa é “*una prescripción mínima de obligado cumplimiento*”, e que “*en la encuesta técnica y en la documentación aportada*” non se recolle esa característica no equipo ofertado, amparándose para entender esa obriga como cumprida na declaración responsable asinada polo licitador de que cumpre o establecido no PPT.

Nese sentido, este TACGal xa sinalou en diversas ocasión que unha xenérica declaración de cumprimento do establecido na licitación non pode enervar o que resulte da concreta oferta do licitador e, nese sentido, o que se nos mostra é que a oferta do recorrente tampouco aquí mostre cumprir unha característica esixida coma necesaria nos pregos da licitación. E destacamos como aquí o prego era tamén moi taxativo no apartado onde se integra este elemento en cuestión ao esixir: “*Especificar características*”, sen que proceda completar a oferta co aportado na fase de alegacións a este recurso.

Na Resolución TACGal 65/2019 recollíamos:

“Respecto desta alegación, o órgano de contratación informou que a ausencia de mención de dito equipamento impide ter a certeza de que estea realmente incluído na oferta, identificalo para poder valoralo e garantir un principio de igualdade de trato de todos os licitadores.

Como xa ten establecido este Tribunal noutras resolucións, a correcta configuración da oferta é responsabilidade do licitador sen que o recurso especial se poida transformar nun trámite para modificar ou cumprimentar a oferta cumprimentada e presentada por este licitador.”

Tamén a Resolución TACRC 551/2019:

“Efectivamente, no hay error material o aritmético imputable al órgano de contratación, sino precisamente a la recurrente, al haber formalizado su oferta sin ajustarse a las previsiones de los Pliegos. Error a ella achacable que en ningún caso puede corregirse ahora en sede de recurso, mediante la aportación de un documento por el que se pretende aclarar su oferta inicialmente presentada, y que formalmente no se incluyó como parte de dicha oferta”

Sendo clara a dirección do pretendido no recurso formulado, debemos estimar o mesmo e, como se solicita, proceder á anulación do acordo de adxudicación, co fin de que se retrotraia o procedemento a efectos de que, con exclusión da oferta presentada por GALMEDICA, S.L., se determine o novo adxudicatario, con conservación dos trámites que permaneceran igual de non producirse a infracción.

Por todo o anterior, vistos os preceptos legais de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada no día da data, **RESOLVE:**

1. **Estimar** o recurso interposto por DRÄGER MEDICAL HISPANIA, S.A.U. contra a adxudicación dunha subministración de lámpadas cirúrxicas con destino a diversos hospitais do Servizo Galego de Saúde, expediente AB-SER2-18-009.

2. Levantar a suspensión acordada no seu día.

3. Ao abeiro do artigo 57.4 LCSP, o órgano de contratación deberá dar coñecemento a este Tribunal das actuacións adoptadas para lle dar cumprimento a esta resolución.

Esta resolución, directamente executiva no seus propios termos, é definitiva na vía administrativa e contra a mesma cabe interpoñer recurso perante a Sala do contencioso-administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de dous meses, a contar desde o día seguinte á notificación desta resolución, de conformidade co disposto nos artigos 10.1.k) e 46.1 de la Lei 29/1998, de 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa.