

Recurso nº 16/2019**Resolución nº 33/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 7 de febrero de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. O.F.L.G. actuando en nombre y representación de INSANEX, S.L. contra la exclusión de su oferta en la contratación de un subministro de lámparas quirúrgicas con destino a diversos Hospitales del Servicio Gallego de Salud, expediente AB-SER2-18-009, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (TACGal, en adelante) en sesión celebrada en el día de la fecha, adoptó, por unanimidad, la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Servicio Gallego de Salud convocó la licitación de un subministro de lámparas quirúrgicas con destino a diversos Hospitales del Servicio Gallego de Salud, expediente AB-SER2-18-009, con un valor estimado declarado de 462.000 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en el DOUE el 19.09.2018 y en la Plataforma de Contrato Públicos de Galicia el 17.09.2018.

Segundo.- El expediente de la licitación recoge que la misma estuvo sometida a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP).

Tercero.- Impugna INSANEX, S.L. la exclusión de su oferta, acordada por la mesa de contratación en sesión de 20.12.2018, y puesta a su disposición en Notifica.gal el 04.01.2019, con acceso el 08.01.2019.

Cuarto.- El 14.01.2019 INSANEX S.L interpuso recurso especial en materia de contratación, a través del formulario telemático existente a tal fin en la sede electrónica de la Xunta de Galicia, con enlaces hacia la misma en la web de este Tribunal.

Quinto.- El 15.01.2019 se reclamó el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 LCSP. La documentación fue recibida en este Tribunal el 29.01.2019.

Sexto.- Se trasladó el recurso a los interesados el 30.01.2019, recibándose las alegaciones de DRÄGER MEDICAL HISPANIA S.A.U.

Séptimo.- El 18.1.2019 el TACGal acordó la medida cautelar de suspensión del procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Al amparo del artículo 35 bis. 5 de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver este recurso.

Segundo.- El presente recurso se tramitó conforme los artículos 44 a 60 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y, en lo que fuera de aplicación, por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Tercero.- Siendo el recurrente aquel cuya oferta fue excluida, ostenta la legitimación del artículo 48 LCSP.

Cuarto.- El recurso es contra el acuerdo de exclusión de la mesa de contratación en un contrato de suministro de valor estimado superior a los 100.000€, por lo que el recurso es admisible según el artículo 44 LCSP.

Quinto.- Analizaremos las alegaciones de los diferentes intervinientes en este recurso especial al estudiar el fondo.

En el trámite de audiencia a los licitadores, DRÄGER MEDICAL HISPANIA S.A.U. defendió la conformidad a derecho de la exclusión decretada.

Sexto.- El objeto contractual de la licitación que nos ocupa es el suministro de lámparas quirúrgicas con destino a diversos Hospitales del Servicio Gallego de Salud.

Si analizamos lo sucedido con la oferta de INSANEX S.L en el seno de este procedimiento de adjudicación, observaremos que en la mesa de contratación de 13.12.2018 se acordó solicitarle la siguiente aclaración:

“Debido a la incongruencia encontrada dentro de la documentación, necesitamos conocer cual es la configuración ofertada:

1. la indicada en la encuesta técnica

2. o la indicada en la descripción del apartado 6 tecnología y características medioambientales, y en los planos aportados en el Apartado 7 al servicio de destino.”

INSANEX S.L responde diciendo “..se aclara que la configuración ofertada es: 1. la indicada en la encuesta técnica”, a lo que adjunta una serie de explicaciones.

Sobre esto hay entonces un informe técnico que expresa:

“En la documentación aportada por la empresa INSANEX en respuesta a la petición de aclaración, solicitada por la mesa de contratación de fecha 13/12/2018, necesaria para la valoración relativa a la configuración del sistema de suspensión de las lámparas, indica que el número de arcos cardánicos ofertados es el que aparece en la encuesta técnica, tal como se especifica en el PPT: "Sistema de suspensión de cada una de las lámparas, principal y satélite: Constará de dos brazos, descontando tubos de suspensión y dos arcos cardánicos.”

Nº de arcos por lámpara:

Principal: 2

Satélite: 2

Sin embargo dentro de su aclaración, también indica que las configuraciones de cada centro se instalaran según los planos aportados en el punto 7.b. de la documentación de la oferta.

En dichos planos se observa que. la configuración del H. de Verin (techos >280cm y brazo portamonitor), solo incluye 1 arco cardanico y, en los planos de la configuración del Hospital Clínico Universitario de Santiago y del Hospital de Montecelo (techos < 280 cm y brazo portamonitor, y techos < 280 cm), no se incluye ninguna unidad, Incumpliendo lo solicitado en el PPT.

Este incumplimiento también se refleja en el apartado 6 de la documentación ofertada, donde se indica que para alturas > 280 cm, se incluirá un solo arco cardanico dentro del sistema de suspensión, indicando las unidades totales ofertadas que resultan ser inferiores a las solicitadas.”

No niega el recurso en sí mismo la realidad de esas anotaciones del informe técnico, sino que basa su posición en que esto no implica un incumplimiento del PPT, al expresar:

“...el informe de exclusión yerra al señalar que esta propuesta representa un incumplimiento, teniendo en cuenta que, lo que hace INSANEX es hace una propuesta especial para la instalación de los equipos que va a suministrar teniendo en cuenta la altura tan baja de los dos centros precitados, precisamente, porque el PPT se lo había requerido.

...

En definitiva, lo que hace INSANEX es una recomendación/propuesta que no supone un incumplimiento del PPT,..

Es decir, se cumple con los dos arcos cardánicos solicitados por el PPT de acuerdo a los parámetros señalados en la encuesta técnica presentada...

En virtud de todo lo aquí expuesto resulta probado que la exclusión de INSANEX resulta contraria a derecho, teniendo en cuenta que,

Una cosa es el debido cumplimiento de las prescripciones técnicas que suministro objeto de este expediente (extremo que cumple INSANEX acreditándolo a través de la encuesta técnica que acompaña a su oferta),

Y otra es la propuesta de instalación especial adaptada a los techos existentes que incluye INSANEX en su Sobre B”

Para el recurrente el hecho de que en la especificación que hace para los diferentes hospitales aparezcan datos que reflejen que no se llega, en varios de ellos,

a lo solicitado por los pliegos, no implica un incumplimiento porque, en todo caso, en la encuesta técnica pusieron el número correcto.

Como expresamos en Resoluciones previas, (por todas Resolución TACGal 31/2018) el responsable de la presentación de la oferta es el licitador. Aquí estamos ante cláusulas con condiciones claras para las ofertas, en cuanto a *“Sistema de suspensión de cada una de las lámparas, principal y satélite: Constará de dos brazos, descontando tubos de suspensión y dos arcos cardánicos.”*, por lo que es el licitador quien debe asumir las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta (Sentencia TJUE, de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/2010), más cuando hubo una petición de aclaración donde quedan ratificados datos concretos de no acoplamiento de la oferta a lo exigido.

En la Resolución TACGal 40/2018 ya explicamos que si en la proposición del licitador aparecen datos concretos de incumplimiento de lo exigido, no cabe defender la validez de la misma en base a menciones genéricas de acoplamiento:

“Por lo tanto, lo que se transmite ante este TACGal es que donde existe una referencia explícita en la oferta presentada respecto de estos tiempos de reparación que nos ocupan, la misma es de 48 horas, por lo que queda por encima del máximo de 36 horas para equipos en funcionamiento 365 días/año y con actividad de urgencia, fijado explícitamente en el PPT, que es a lo que alude el recurso presentado, y lo que debemos resolver.

...

Desde luego, frente al carácter tan determinante al respecto en el pliego, y su relevancia para el objeto contractual que nos ocupa, no se puede dar por cumplida tal exigencia, como sostiene el informe del órgano de contratación, en base a una mera interpretación integradora de los términos de la oferta, sin aportar concretos datos que permitan alcanzar esa interpretación, como tampoco de una frase en la que GENERAL ELECTRIC señala genéricamente que “cumplirá el protocolo de incidentes”, puesto que, y esto es lo importante a los efectos del presente debate, dicha expresión general queda desvirtuada desde el momento en que se recoge un tiempo concreto de respuesta que excede del máximo previsto en el PPT.”

En la Resolución 63/2018 profundizamos en esta doctrina:

“A este respecto hay que comenzar significando que deben prevalecer las menciones más específicas o desarrolladas en las proposiciones de los licitadores

que las de carácter más genérico o formulario, de no haber plena coherencia entre estas.”

Aquí, si en la oferta del licitador, cuando procede a concretar para los diferentes hospitales, aparece un número del elemento inferior al solicitado en el pliego, no cabe obviar ese incumplimiento por una mención genérica de cumplimiento y de expresión en la encuesta técnica, más tras una oportunidad de aclaración.

En este sentido, no procede aludir a que, cuando concreta por hospital era solo una “recomendación/propuesta” y no un apartado vinculante de su oferta, cuando esta debe ser coherente en sí misma. Por otro lado, no existe oscuridad en las cláusulas, sin que sea entendible para un licitador diligente que la referencia en el PPT a que la propuesta de instalación se debía adaptar a la altura de los techos bajos, esto permitiera obviar otras determinaciones de ese PPT.

Expresa el informe del órgano de contratación al recurso:

“Resulta incongruente pensar que cuando el Pliego de Prescripciones Técnicas exige que se adapte el sistema de suspensión a las características constructivas de los quirófanos y que se estudien sus alturas para realizar las configuraciones especiales que exijan los techos bajos, autoriza a que la memoria de instalación y los planos de implantación no se ajusten a los criterios del PPT”

Además, en el informe técnico que sustenta la exclusión, informe citado y reproducido en el recurso, también se aludía a:

“Este incumplimiento también se refleja en el apartado 6 de la documentación ofertada, donde se indica que para alturas > 280 cm, se incluirá un solo arco cardánico dentro del sistema de suspensión, indicando las unidades totales ofertadas que resultan ser inferiores a las solicitadas.”

Pues bien, en ese apartado 6 de la documentación de la oferta de la recurrente (apartado citado también en el requerimiento de aclaración), este recogía:

“IV. Lás lámparas Dr Mach ofertadas, llevan un arco cardánico cada brazo para las instalaciones con alturas superiores a 2,80 metros. Por lo que haría un total de:

- Hospital de Santiago: 26 unidades de arco cardánico.*
- Hospital de Verín: 3 unidades de arco cardánico.*

- Hospital de Montecelo: 21 unidades de arco cardánico.”

A este respecto el informe del órgano de contratación, tras reproducir este mismo apartado de la oferta de INSANEX S.L, expresa:

“Donde la entidad deja claro que las lamparas ofertadas para alturas superiores a 2,80 metros llevan un único arco cardánico, incluyendo además el numero de arcos para cada centro, que resulta ser en todos los casos inferior al total que se solicita.

El número de arcos cardánicos solicitados según el PPT serian:

Hospital de Santiago: 48 unidades.

Hospital de Verín: 4 unidades.

Hospital de Montecelo: 36 unidades.”

El artículo 145.1 del TRLCSP, establece que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el pliego y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin reserva alguna. La mención al pliego de condiciones particulares, se extiende también al de prescripciones técnicas.

Por lo tanto, establecida con claridad la obligación de adecuar las ofertas presentadas al contenido del PPT, por consecuencia de este incumplimiento debe ser necesariamente la exclusión de la oferta presentada que no se ajuste su contenido a las especificaciones establecidas por el órgano de contratación, al amparo del artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, **RESUELVE:**

1. **Desestimar** el recurso interpuesto por INSANEX, S.L. contra la exclusión de su oferta en la contratación de un suministro de lámparas quirúrgicas con destino a diversos Hospitales del Servicio Gallego de Salud, expediente AB-SER2-18-009.

2. Levantar la suspensión acordada en su día.

3. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58.2 LCSP.

Esta resolución, directamente ejecutiva en sus propios términos, es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso 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 a la notificación de esta resolución, 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.