

Recurso nº 40/2018**Resolución nº 37/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 2 de julio de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por L. B. P. actuando en nombre y representación de IBÉRICA DE MANTENIMIENTO S.A. contra la adjudicación del contrato de servicio de mantenimiento integral de salas de radiodiagnóstico convencional, arcos quirúrgicos y portátiles de rayos X pertenecientes a la Estructura Organizativa de Gestión Integrada de Santiago de Compostela, por el Servicio Gallego de Salud, expediente AB-EIS1-17-031, 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 del contrato de servicio de mantenimiento integral de salas de radiodiagnóstico convencional, arcos quirúrgicos y portátiles de rayos X pertenecientes a la Estructura Organizativa de Gestión Integrada (EOXI) de Santiago de Compostela, con un valor estimado declarado de 366.000 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en la Plataforma de contratos públicos de Galicia el 23.10.2017 y en el DOUE el 21.10.2017.

Segundo.- El expediente de la licitación recoge que la misma estuvo sometida al texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF, en adelante).

Tercero.- Por resolución de 25.05.2018 del Gerente de la Gestión Integrada de Santiago de Compostela se adjudicó tal licitación a GENERAL ELECTRIC

HEALTHCARE ESPAÑA S.A. (GENERAL ELECTRIC, en adelante), con publicación en la Plataforma de contratos públicos de Galicia el 25.5.2018, con remisión de la misma por correo electrónico al recurrente en la misma fecha.

Cuarto.- El día 14.06.2018 IBÉRICA DE MANTENIMIENTO S.A. (IBERMANSA, en adelante) interpuso recurso especial a través de la sede electrónica de la Xunta de Galicia.

Quinto.- Con la misma fecha de 14.06.2018 se reclamó al Servicio Gallego de Salud el expediente y el informe a lo que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP). La documentación fue recibida en este Tribunal el día 19.06.2018.

Sexto.- Se trasladó el recurso a los interesados con fecha 20 y 22 de junio, se recibieron las alegaciones de la empresa GENERAL ELECTRIC.

Séptimo.- El 21.06.2018 el TACGal acordó el mantenimiento de la suspensión automática del art. 53 LCSP.

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.- En virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera LCSP el presente recurso se tramitó conforme a 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 lo 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.- Constando en el expediente que en la licitación había dos licitadores admitidos, el adjudicatario y la recurrente, que entonces fue la segunda clasificada, tiene la legitimación exigida en el art. 48 LCSP.

Cuarto.- Al amparo de las fechas antes señaladas, el recurso fue interpuesto en plazo al amparo del artículo 50.1.d).

Quinto.- Estamos ante un contrato de servicio, con un valor estimado declarado de 366.000 euros, por lo que es recurrible según los apartados 1.a) y 2.c) LCSP.

Sexto.- El recurrente alega que la oferta presentada por GENERAL ELECTRIC no cumple con el apartado 4.7 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), referido al plazo máximo de reparación de las averías desde la notificación del aviso.

Séptimo.- En el informe del órgano de contratación se alega que *“aún indicando en su oferta tiempo de reparación no superior a 48 horas”*, mediante *“una lectura e interpretación integradora de los términos de la mencionada oferta”* puede llegarse a la conclusión de que la de GENERAL ELECTRIC cumple el pliego.

Octavo.- GENERAL ELECTRIC, en sus alegaciones, defiende que su oferta cumple con los pliegos, con alegaciones que luego analizaremos.

Noveno.- En el Pliego de Prescripción Técnicas (PPT) el apartado 4.7, está titulado *“Cobertura y tiempos del servicio”*. En el mismo, primeramente se indica que el contratista debe prestar sus servicios en unos determinados horarios y condiciones mínimas.

Seguidamente, se distingue entre *“Equipos con avería de carácter urgente”* y *“Equipos con avería de carácter normal”*. En este último, es donde se recoge que:

“Plazo máximo de reparación de averías desde la notificación del aviso:

. Equipo en funcionamiento 365 días/año y con actividad de urgencia: Máximo 36 horas desde la notificación del aviso, independientemente del medio que se utilice.

. Equipos en funcionamiento con actividad normal: Máximo 72 horas desde la notificación del aviso, independientemente del medio que se utilice”

El debate que se nos presenta es que según la recurrente el Sobre B, sobre criterios no evaluables de forma automática, de GENERAL ELECTRIC recoge un tiempo de reparación de averías de 48 horas, lo que hace incumplir, según el recurso, el máximo de 36 horas que acabamos de reproducir.

Añade que tal oferta no distingue si el tiempo de reparación de las averías es para equipos con actividad de urgencia o para los de actividad normal, al establecer un plazo común de 48 horas, por lo que mejora los tiempos en lo referido a los equipos con actividad normal pero lo incumple para los de urgencia.

Efectivamente, se acudimos a la oferta de GENERAL ELECTRIC, concretamente a la página 7 del apartado 2 de la misma, apartado referido al *“Proyecto de Gestión del Servicio”*, existe un punto 1.3, precisamente titulado como *“Resumen de condiciones en la Prestación del servicio”*, donde observamos como, con toda claridad, se recoge *“Tiempo de Reparación: No superior a 48 horas”*.

Destacamos como justo antes, en el punto 1.2, se recogen las definiciones de los términos usados, con esta también taxativa afirmación: *“Es aquel que transcurre desde que General Electric tiene conocimiento de la incidencia hasta su reparación”*.

Reproducimos lo que es de interés aquí:

- **Tiempo de Reparación:** Es aquel que transcurre desde que General Electric tiene conocimiento de la incidencia hasta su reparación.

Tiempo de Reparación	No superior a 48 horas
----------------------	------------------------

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 el deber de adecuar las ofertas presentadas al contenido del PPT, la consecuencia de este incumplimiento debe ser necesariamente la exclusión de la oferta presentada que no 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.

Ante todo, como vimos antes al describir el informe del órgano de contratación, el mismo admite que la oferta de GENERAL ELECTRIC no recoge expresamente el cumplimiento del tiempo de respuesta del máximo de 36 horas para los equipos en funcionamiento 365 días/año y con actividad de urgencia. Tal informe también lo menciona cuando expresa como justificación que *“I tomar esta operativa como base de trabajo para desarrollar el mantenimiento correctivo en la EOXI de Santiago, las 48 horas que GEHC indica en su oferta como tiempo de reparación incluida en su página 7 del apartado 2, Proyecto de Gestión del Servicio, difiere respecto al tiempo de reparación definido en el pliego”*.

Por lo tanto, lo que se transmite ante este TACGal es que dónde 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.

Hay que destacar que el incumplimiento de lo establecido en el PPT es entonces literal y está en el apartado que la propia oferta identifica como “resumen de condiciones en la prestación del servicio”, lo que da prueba de su relevancia. Pero además, en el desarrollo posterior de la oferta en lo que se refiere al plan de mantenimiento correctivo existen diversas referencias a esos concretos tiempos marcados, indicando *“si el equipo estuviese parado, la avería fuese crítica se atenderá en los plazos marcados por el proyecto”*, y también *“si después de la valoración por parte de ingeniero remoto el aparato siguiese sin funcionar se atenderá dentro de los tiempos de respuesta comprometidos”*, sin que se haya trasladado a este TACGal referencias, también textuales, a tiempos en horas que permitan no acudir a la mención específica de 48 horas, explícitamente citada en el cuadro que, precisamente, recoge lo que son las condiciones de esta oferta (“resumen de condiciones en la prestación del servicio”), con referencia también expresa que ese tiempo se está refiriendo al *“Tiempo ... que transcurre desde que General Electric tiene conocimiento del incidente hasta su reparación”*

Desde luego, frente al carácter tan determinante al respeto 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 incidencias”*, 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.

Tampoco se puede entender cumplido el pliego, como pretende el órgano de contratación, porque se mencione que en 24 horas tras la puesta en servicio del equipo averiado (por lo tanto, habla de cuando ya se reparó, no del tiempo de respuesta antes de la avería) se enviará la documentación del incidente. Repetimos, hay una referencia expresa a *“No superior a 48 horas”* anudado, precisamente, al *“Tiempo ... que transcurre desde que General Electric tiene conocimiento del incidente hasta su reparación”*.

Lo mismo sucede respecto de las alegaciones presentadas en este recurso especial por GENERAL ELECTRIC, pues, ante una mención explícita y expresa, no cabe acudir a referencias ambiguas y/o genéricas.

A maiores de las ya analizadas respecto del informe del órgano de contratación, esas alegaciones de la adjudicataria invocan el punto 6 del apartado 3.1. Ese punto 6, observamos, está referido, según el título, a la *“Comunicación de ejecución de la reparación al cliente”*. Pero, a mayores del contexto que aporta ese título, lo que se recoge es que *“(sí) la avería fuese crítica se atenderá en los plazos marcados por el proyecto”*, lo que nos remite entonces a la propia oferta presentada, cuyo cuadro de condiciones de prestaciones, como vimos, cuando habla de reparación en sí, invoca las 48 horas. De hecho, ese párrafo refrenda esa tesis, cuando, más adelante, se vuelve a remitir a los tiempos ofrecidos en la oferta. *“Sí después de la valoración por parte de Ingeniero Remoto, el equipo sigue sin funcionar se atenderá dentro de los plazos de tiempo de respuesta comprometidos...”*

Por otro lado, se alude a que, en varios pasajes, se cita que se cumplirá el protocolo (en ese punto 3.1.6, o en el 5.3, sobre relevo de equipos), pero, junto a lo ya dicho, del tenor de las mismas se deduce que se refiere a los protocolos, precisamente, que aporta la empresa con su oferta, siendo además a lo que lleva la lógica, pero, otra vez, sin que esto sea, en último caso, eficaz a efectos de desvirtuar una mención expresa a las 48 horas.

En definitiva, estando frente a una exigencia nuclear y literal en el PPT, y siendo explícita en la oferta una mención no compatible con aquella exigencia, no se aportó a este Tribunal referencias en la proposición de la adjudicataria de ese mismo nivel, a efectos de entender que no era aquella cifra horaria, *“En el superior a 48 horas”* para *“Tiempo ... que transcurre desde que General Electric tiene conocimiento del incidente hasta su reparación”*, la que aportaba tal empresa a esta licitación a los efectos que nos ocupan, lo cual determina entender que no cumplía con esta condición de la contratación.

En nuestra Resolución TACGal 9/2018 ya indicábamos que:

“el principio de igualdad de trato exige que los licitadores conozcan con claridad los requisitos y condiciones de la licitación, lo que determina la imposibilidad de que luego aparezca un producto distinto al mencionado, pues precisamente el que concurre es consciente de la necesidad de sujetarse a lo estrictamente solicitado, so pena de exclusión por presentar algo diferente.

En este sentido se pronuncia el Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en la Sentencia de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), afirmando en su apartado 78:

“Por el otro lado, si la EQUIPO [entidad contratante] no se atuvo a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, vulneraría el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación afectaría negativamente la una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia precisó 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 definió con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (sentencia de 20 de marzo de 2013, Anexas France/Empresa Común Fusión fuere Energía, T-415/10, U: T:2013:141, apartado 80)”.

La Resolución 230/2017 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid reitera como los pliegos también vinculan al órgano de contratación, lógicamente:

“Conviene recordar que los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas conforman la ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. (...)

Por su parte el órgano de contratación, en contrapartida, debe respetar y no relativizar a la hora de valorar la oferta, las exigencias establecidas en los pliegos rectores de la licitación, por lo que resulta de extrema importancia que las mismas no lo sean de carácter puramente formal y tengan una función en relación con la selección de la oferta económicamente más ventajosa

Como también 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 y hasta nucleares para el fin de esta contratación 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).

Por lo tanto, una vez determinado que la oferta analizada no podía ser entendida como de cumplimiento del PPT, estimamos el recurso y anulamos la adjudicación, debiendo procederse por el órgano de contratación a la exclusión de la oferta de GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA S.A. y a la ulterior adjudicación a la

oferta que corresponda, manteniéndose la tales efectos a validez de aquellos actos y trámites cuyo contenido permanecería igual de no cometerse la infracción.

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

1. **Estimar** el recurso interpuesto por IBÉRICA DE MANTENIMIENTO S.A. contra la adjudicación del contrato de servicio de mantenimiento integral de salas de radiodiagnóstico convencional, arcos quirúrgicos y portátiles de rayos X pertenecientes a la Estructura Organizativa de Gestión Integrada de Santiago de Compostela, por el Servicio Gallego de Salud, expediente AB-EIS1-17-031, y en consecuencia, anular el acto impugnado, para que se proceda en los términos expuestos en el último fundamento de derecho de esta resolución.

2. Levantar la suspensión acordada en su día.

3. El órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a esta resolución.

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.