

Recurso nº 47/2019**Resolución nº 56/2019****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 15 de marzo de 2019.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por D. L.J.SS.G. actuando en nome e representación de TOPCON ESPAÑA S.A. contra a exclusión da súa oferta para o lote 10 dunha subministración de oftalmoloxía con destino a varios hospitais do Servizo Galego de Saúde, referencia AB-SER2-18-011, 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 dunha subministración de oftalmoloxía con destino a varios hospitais do Servizo Galego de Saúde, referencia AB-SER2-18-011, dividida en 18 lotes, cun valor estimado declarado de 1.312.400 euros.

Tal licitación foi obxecto de publicación no DOUE o 06.10.2018 e na Plataforma de Contratos Públicos de Galicia o 02.10.2018.

Segundo.- O expediente da licitación recolle que a mesma estivo sometida á Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público (LCSP, en diante).

Terceiro.- A mesa de contratación en sesión do 07.02.2019 acordou a exclusión da recorrente na licitación do lote 10 ao non cumprir os mínimos establecidos no PPT, polos seguintes motivos: *“No realiza análisis de área oscura”*. A exclusión foi comunicada ao recorrente o 08.02.2019.

Cuarto.- O 19.02.2019 TOPCON ESPAÑA S.A (TOPCON, en adelante) interpuxo recurso especial en materia de contratación, a través do formulario telemático existente a tal fin na sede electrónica da Xunta de Galicia, con enlaces cara isto na web deste Tribunal.

Quinto.- O 20.02.2019 reclamouse ao Servizo Galego de Saúde 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 adelante, LCSP). A documentación foi recibida neste Tribunal o día 05.03.2019.

Sexto.- Trasládouse o recurso aos interesados con data 06.03.2019, sen que se recibiran alegacións.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

Primeiro.- Ao abeiro do artigo 35 bis. 5 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 os 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.- O recorrente posúe lexitimación para o recurso especial porque foi licitador na contratación no lote 10 sendo a súa oferta excluída, polo que a revogación desa decisión lle ocasionaría un beneficio.

Cuarto.- Dadas as datas descritas, o recurso se interpuxo dentro do prazo.

Quinto.- En canto á impugnabilidade do acto, a exclusión efectuada pola mesa de contratación figura expresamente no artigo 44.2.b LCSP, sendo o valor estimado da contratación da subministración superior á contía de 100.000 euros, polo que o recurso é admisible.

Sexto.- TOPCON expresa que no documento chamado "Descrición técnica lote nº 10", que presentaron no sobre B, no apartado "Análisis de resultados" sinalaron: " ... *podemos hacer una pequeña edición de las imágenes celulares para un mejor análisis* ... ". Defenden que esa edición de imaxes celulares serve de ferramenta para á análise da área escura xa que se refire á edición de todo tipo de imaxes de todas as áreas das zonas capturables. Reproduce finalmente o extracto do documento.

Sétimo.- O órgano de contratación informa que para o lote 10 no PPT se solicita, entre outros, o seguinte: "*Incluirá herramientas para el análisis de área oscura*". Esta licitación inclúe unha enquisa técnica do equipo ofertado, cunhas preguntas concretas en relación á análise do área escura. Nesa enquisa, na súa páxina 6, a recorrente respondeu: "*Análisis de área oscura: NO*".

Segundo o órgano de contratación a documentación técnica presentada pola recorrente constaba de enquisa técnica, descrición técnica do equipamento ofertado e un catálogo comercial do equipamento. Engade que nesa documentación non figuran datos relativos á análise de área escura, distintos do expresado na enquisa técnica, e que indiquen un cumprimento da característica citada. Tamén que o alegado no recurso non se corresponde co contestado na enquisa técnica achegada na licitación e que a análise de resultado ao que fai referencia o recurso é diferente á análise de área escura.

Por todo iso, o informe conclúe sinalando que a exclusión é correcta e o recurso debería ser desestimado.

Oitavo.- O lote 10 desta licitación estaba referido a un "Microscopio especular", onde o PPT esixía, entre outros requisitos o de "*Incluirá herramientas para el análisis de área oscura*".

Na dita enquisa técnica do lote 10, microscopio especular, a recorrente á pregunta de "*Análisis de área oscura:*" recolleu "*NO*", o cal é dun determinismo moi cualificado para este debate.

TOPCON considera no recurso que, no documento chamado "Descripción técnica lote nº 10" do sobre B, dentro no apartado "Análisis de resultados" se expresaba: " ... podemos hacer una pequeña edición de las imágenes celulares para un mejor análisis ... ", e que esa edición de imaxes celulares serve de ferramenta para á análise da área escura, xa que se refire á edición de todo tipo de imaxes de todas as áreas das zonas capturables.

O informe do órgano de contratación razoa a inviabilidade desa tese, cando describe:

"Lo alegado en el recurso no se corresponde con lo contestado en la encuesta técnica aportada al procedimiento AB-SER2-18-011. Además como se puede observar en el extracto del documento, no se menciona la inclusión de análisis de área oscura.

El análisis de resultados al que hace referencia el recurso es diferente al análisis de área oscura, y de hecho ya figuraba en la encuesta técnica, justo antes de la pregunta del análisis de área oscura, como se puede ver en la encuesta aportada por la empresa al procedimiento.

(...)

Este análisis de resultados responde a otro mínimo exigido en el pliego de prescripciones técnicas diferente, que es el siguiente:

"Incluirá software de análisis celular. Especificar medidas incluidas". "

A maiores, non podemos obviar, a efectos meramente dialécticos para esgotar a cuestión, que dificilmente cabe extraer o cumprimento do requisito esixido en base a unha frase non explícita, fronte á exacta negativa recollida na enquisa técnica. Por todas, Resolución TACGal 33/2018:

"Como expresamos en Resoluciones previas, (por todas Resolución TACGal 31/2018) o responsable da presentación da oferta é o licitador. Aquí estamos perante cláusulas con condicións claras para as ofertas, en canto o "Sistema de suspensión de cada una de las lámparas, principal y satélite: Constará de dos brazos, descontando tubos de suspensión y dos arcos cardánicos.", polo que é o licitador quen debe asumir as consecuencias do incumprimento do seu deber de dilixencia na redacción da oferta (Sentenza TXUE, de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/2010),

máis cando houbo unha petición de aclaración onde quedan ratificados datos concretos de non axuste da oferta ao esixido.

Na Resolución TACGal 40/2018 xa explicamos que se na proposición do licitador aparecen datos concretos de incumprimento do esixido, non cabe defender a validez da mesma en base a mencións xenéricas de axuste:

“Polo tanto, o que se transmite ante este TACGal é que onde existe unha referencia explícita na oferta presentada verbo destes tempos de reparación que nos ocupan, a mesma é de 48 horas, polo que queda por enriba do máximo de 36 horas para equipos en funcionamento 365 días/año e con actividade de urxencia, fixado explicitamente no PPT, que é ao que alude o recurso presentado, e o que debemos resolver.

...

Dende logo, fronte ao carácter tan determinante ao respecto no prego, e a súa relevancia para o obxecto contractual que nos ocupa, non se pode dar por cumprida tal esixencia, como sostén o informe do órgano de contratación, en base a unha mera interpretación integradora dos termos da oferta, sen aportar concretos datos que permitan alcanzar esa interpretación, como tampouco dunha frase na que GENERAL ELECTRIC sinala xenericamente que “cumplirá el protocolo de incidencias”, posto que, e isto é o importante aos efectos do presente debate, dita expresión xeral queda desvirtuada dende o momento en que se recolle un tempo concreto de resposta que excede do máximo previsto no PPT.”

Na Resolución 63/2018 afondamos nesta doutrina:

“A este respecto hai comezar significando que deben prevalecer as mencións máis específicas ou desenvolvidas nas proposicións dos licitadores que as de carácter máis xenérico ou formulario, de non haber plena coherencia entre estas.”

Por todo iso, a súa exclusión resulta procedente e conforme a dereito, polo que o recurso debe desestimarse.

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

1. **Desestimar** o recurso interposto por TOPCON ESPAÑA S.A. contra a exclusión da súa oferta para o lote 10 dunha subministración de oftalmoloxía con destino a varios hospitais do Servizo Galego de Saúde, referencia AB-SER2-18-011.

2. Declarar que non se aprecia temeridade ou mala fe na interposición do recurso, polo que non procede a imposición da multa prevista no artigo 58.2 LCSP.

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.