XUNTA DE GALICIA

TACGal
Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

Recurso nº 47/2019

Resolución nº 56/2019

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA

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

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. L.J.SS.G. actuando en nombre y representación de TOPCON ESPAÑA S.A. contra la exclusión de su oferta para el lote 10 de un suministro de oftalmología con destino a varios hospitales del Servicio Gallego de Salud, referencia AB-SER2-18-011, 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.- Por el Servicio Gallego de Salud se convocó la licitación del contrato de un suministro de oftalmología con destino a varios hospitales del Servicio Gallego de Salud, referencia AB-SER2-18-011, dividida en 18 lotes, con un valor estimado declarado de 1.312.400 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en el DOUE el 06.10.2018 y en la Plataforma de Contratos Públicos de Galicia el 02.10.2018.

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

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

Tercero.- La mesa de contratación en sesión del 07.02.2019 acordó la exclusión de la recurrente en la licitación del lote 10 al no cumplir los mínimos establecidos en el PPT, por los siguientes motivos: *"No realiza análisis de área oscura"*. La exclusión fue comunicada al recurrente el 08.02.2019.

Cuarto.- El 19.02.2019 TOPCON ESPAÑA S.A. (TOPCON, en adelante) 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 esto en la web de este Tribunal.

Quinto.- El 20.02.2019 se reclamó al Servicio Gallego de Salud el expediente y el informe al 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 05.03.2019.

Sexto.- Se trasladó el recurso a los interesados con fecha 06.03.2019, sin que se hubieran recibido alegaciones.

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 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 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.- El recurrente posee legitimación para el recurso especial porque fue licitador en la contratación en el lote 10 siendo su oferta excluida, por lo que la revocación de esa decisión le ocasionaría un beneficio.

Cuarto.- Dadas las fechas descritas, el recurso se interpuso dentro del plazo.

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

Quinto.- En cuanto a la impugnabilidad del acto, la exclusión efectuada por la mesa de contratación figura expresamente en el artículo 44.2.b LCSP, siendo el valor estimado de la contratación del suministro superior a la cuantía de 100.000 euros, por lo que el recurso es admisible.

Sexto.- TOPCON expresa que en el documento llamado "Descripción técnica lote nº 10", que presentaron en el sobre B, en el apartado "Análisis de resultados" señalaron: *" ... podemos hacer una pequeña edición de las imágenes celulares para un mejor análisis ... ".* Defienden que esa edición de imágenes celulares sirve de herramienta para al análisis del área oscura ya que se refiere a la edición de todo tipo de imágenes de todas las áreas de las zonas capturables. Reproduce finalmente el extracto del documento.

Séptimo.- El órgano de contratación informa que para el lote 10 en el PPT se solicita, entre otros, lo siguiente: *"Incluirá herramientas para el análisis de área oscura"*. Esta licitación incluye una encuesta técnica del equipo ofertado, con unas preguntas concretas en relación al análisis del área oscura. En esa encuesta, en su página 6, la recurrente respondió: *"Análisis de área oscura: NO".*

Según el órgano de contratación la documentación técnica presentada por la recurrente constaba de encuesta técnica, descripción técnica del equipamiento ofertado y un catálogo comercial del equipamiento. Añade que en esa documentación no figuran datos relativos al análisis de área oscura, distintos de lo expresado en la encuesta técnica, y que indiquen un cumplimiento de la característica citada. También que lo alegado en el recurso no se corresponde con lo contestado en la encuesta técnica aportada en la licitación y que el análisis de resultado al que hace referencia el recurso es diferente al análisis de área oscura.

Por todo ello, el informe concluye señalando que la exclusión es correcta y el recurso debería ser desestimado.

Octavo.- El lote 10 de esta licitación estaba referido a un "Microscopio especular", donde el PPT exigía, entre otros requisitos lo de "Incluirá *herramientas para él análisis de área oscura"*.

En dicha encuesta técnica del lote 10, microscopio especular, la recurrente a la pregunta de "Análisis *de área oscura:"* recogió *"NO",* lo cual es de un determinismo muy cualificado para este debate.

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

TOPCON considera en el recurso que, en el documento llamado "Descripción técnica lote nº 10" del sobre B, dentro en el apartado "Análisis de resultados" se expresaba: *" ... podemos hacer una pequeña edición de las imágenes celulares para un mejor análisis ... ",* y que esa edición de imágenes celulares sirve de herramienta para al análisis del área oscura, ya que se refiere a la edición de todo tipo de imágenes de todas las áreas de las zonas capturables.

El informe del órgano de contratación razona la inviabilidad de esa tesis, cuando 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". "*

Además, no podemos obviar, a efectos meramente dialécticos para agotar la cuestión, que difícilmente cabe extraer el cumplimiento del requisito exigido en base a una frase no explícita, frente a la exacta negativa recogida en la encuesta técnica. Por todas, Resolución TACGal 33/2018:

> *"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 el "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-*

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

599/2010), más cuando hubo una petición de aclaración donde quedan ratificados datos concretos de no ajuste 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 ajuste:

> *"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 incidencias", puesto que, y esto es el 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."*

Por todo eso, su exclusión resulta procedente y conforme a derecho, por lo que el recurso debe desestimarse.

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

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 TOPCON ESPAÑA S.A. contra la exclusión de su oferta para el lote 10 de un suministro de oftalmología con destino a varios hospitales del Servicio Gallego de Salud, referencia AB-SER2-18-011.

2. 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.