Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 Fax 881995485
Rexistro Xeral no Edificio Administrativo San Caetano
15781 Santiago de Compostela
tacgal@xunta.gal https://tacgal.xunta.gal

Recurso nº 51 y 57/2018 (acumulados)

Resolución nº 50/2018

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

En Santiago de Compostela, a 23 de julio de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por F.R.C. actuando en nombre y representación de LIVANOVA ESPAÑA S.L. contra la exclusión de su oferta en los lotes 1, 2, 3, 5, 6, 8, 10, 11, 12, 14, 15, 16, 17, 21, 24, 27 y 28 (recurso 51/2018) y contra la adjudicación de tales lotes (recurso 57/2018) en el procedimiento de contratación, mediante acuerdo marco, del suministro de implantes de marcapasos y desfibriladores con destino a las Estructuras de Gestión Integradas del Servicio Gallego de Salud, expediente MA-SER1-17-005, 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 mediante acuerdo marco, del suministro de implantes de marcapasos y desfibriladores con destino a las Estructuras de Gestión Integradas, con un valor estimado declarado de 83.446.300,80 euros, dividido en 30 lotes.

Tal licitación fue objeto de publicación en el perfil del contratante y en el DOUE y en la Plataforma de contratos públicos de Galicia el día 14.09.2017, BOE 26.09.2017 y DOG 29.09.2017.

Segundo.- Según el expediente de la licitación, el contrato estuvo sometido al texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP, en adelante).

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 Fax 881995485
Rexistro Xeral no Edificio Administrativo San Caetano
15781 Santiago de Compostela
tacgal@xunta.gal https://tacgal.xunta.gal

Tercero.- El recurrente impugna la resolución de fecha 04.06.2018 por la que se decide su exclusión del procedimiento de contratación, notificada el 08.06.2018 (recurso 51/2018) y contra la resolución de adjudicación de 19.06.2018, notificada el 20.06.2018 (recurso 57/2018), respecto de los lotes 1, 2, 3, 5, 6, 8, 10, 11, 12, 14, 15, 16, 17, 21, 24, 27 y 28.

Cuarto.- En fecha 29.06.2018 LIVANOVA ESPAÑA S.L.(en adelante. LIVANOVA) interpuso recurso especial en materia de contratación contra dicha resolución de exclusión y el 10.07.2018 contra la adjudicación, a través de la sede electrónica de la Xunta de Galicia.

Quinto.- Con fecha 29.06.2018 se reclamó al SERGAS 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), respecto del recurso 51/2018 y el 11.07.2018, sobre el recurso 57/2018. La documentación fue recibida en este Tribunal el día 10.07.2018 y 13.07.2018 .

Sexto.- El día 10.07.2018 el TACGal decide la acumulación de los recursos 51/2018 y 57/2018.

Séptimo.- Se trasladó el recurso a los interesados con fecha 13.07.2018, sin alegaciones presentadas.

Octavo.- Con fecha 25.06.2018 el recurrente solicitó medidas cautelares previas, recibiendo el TACGal esa solicitud el 27.06.2018. Dado que antes de dictarse resolución sobre estas entró el recurso especial, se acumuló a este la solicitud de aquellas, como establece el artículo 49.2 LCSP. Así, el 05.07.2018 el TACGal decretó la suspensión de la licitación respecto de los lotes 1, 2, 3, 5, 6, 8, 10, 11, 12, 14, 15, 16, 17, 21, 24, 27 y 28 y el 20.07.2018 el mantenimiento de la derivada de la impugnación del acuerdo de adjudicación.

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.4 LCSP 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

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 Fax 881995485
Rexistro Xeral no Edificio Administrativo San Caetano
15781 Santiago de Compostela
tacgal@xunta.gal https://tacgal.xunta.gal

contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Tercero.- El recurrente es excluido de la licitación, por lo que ostenta la legitimación exigida segundo el artículo 48 de la LCSP.

Cuarto.- Dadas las fechas descritas, estos recursos fueron interpuestos en el plazo previsto en el artículo 50 de la LCSP.

Quinto.- Tanto por el acto recurrido como por el importe del contrato el recurso es admisible según lo previsto en el artículo 44.1 y 2 LCSP.

Sexto.- Los recursos del recurrente expresan: que acreditó la solvencia técnica hasta tres veces por diferentes medios, que el órgano de contratación llevó a cabo una interpretación de la cláusula 6.6.2.g) del PCAP que no se ajusta al propio tenor literal de la misma, que la interpretación que hizo de esa cláusula es excesivamente formalista, y que se otorgó un plazo de enmienda insuficiente.

Séptimo.- El informe del órgano de contratación defiende la actuación administrativa y rebate lo recogido en el recurso, en base a consideraciones que seguidamente expondremos. Solicita, además, multa por los perjuicios ocasionados.

Octavo.- Como es oportuno hacer, debemos comenzar por reproducir las cláusulas del Pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), referentes a la solvencia técnica, por ser lo que nos ocupa.

Comenzamos por la cláusula 6.6.2.g) del PCAP, que recogía:

> *"g)Solvencia técnica*
> *Forma de presentación: La documentación acreditativa se presentará firmada.*
> *Medio/Criterio:*
> *Una relación de los principales suministros realizados en los últimos cinco años que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos, en los que se incluyan suministros de:*
> *• Lotes 1 a 19: marca pasos implantables y electrodos para marcapasos implantables.*
> *• Lotes 20 a 29: desfibriladores automáticos implantables y electrodos para desfibriladores automáticos implantables.*
> *• Lote 30: marcapasos y/o desfibriladores automáticos implantables y/o electrodos para marcapasos implantables y/el electrodos para desfibriladores automáticos implantables*
> *Los certificados que acrediten los suministros realizados deben ser expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del*

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 Fax 881995485
Rexistro Xeral no Edificio Administrativo San Caetano
15781 Santiago de Compostela
tacgal@xunta.gal https://tacgal.xunta.gal

sector público. Cuando el destinatario sea un comprador privado, el certificado deberá ser expedido por éste o, a falta de estos certificado, mediante una declaración del empresario que concurre a la licitación. En los certificados deberá especificarse claramente que son los suministros exigidos para los lotes 1-19 y 20-29 citados en el párrafo anterior.

El importe de dichos suministros deberá superar, en uno de los cinco últimos años, la cuarta parte del valor estimado del lote o suma de lotes a los que se presente, según la naturaleza de estos.

Si se trata de empresas de nueva creación, la solvencia técnica se justificará con la relación de los suministros realizados en el periodo correspondiente a la actividad de la empresa.

La mención en la relación y certificado de otro tipo de suministros o servicios sin la separación de importes correspondientes y/o la utilización de idiomas distintos del gallego y el castellano sin traducción oficial, invalidará el documento para acreditar la solvencia técnica."

A estos efectos, de esta cláusula, referente a la solvencia, ya vemos que se estructura tal exigencia entre los lotes de 1 a 19 y de 20 a 29 (dado que LIVANOVA no se presentó al lote 30, ya no lo citamos). Junto a que desde el principio de ese apartado se ve tal estructuración, también se recoge, precisamente, cuando se alude a los certificados: "*En los certificados deberá especificarse claramente que son los suministros exigidos para los lotes 1-19 y 20-29 citados en él párrafo anterior."*

A mayores, hay que significar que el 27 de octubre de 2017 se procedió a la apertura de los sobres A. Pues bien, al respecto, a nuestro licitador se le pidió que enmendara aspectos, que, en lo que aquí nos interesa, dejaban claro que el criterio era hacer aquella estructuración en lo referente a la solvencia técnica y su justificación, pues se le solicitó:

- *"Deberá declarar en el DEUC la solvencia técnica (parte IV: criterios de selección - C: capacidad técnica y profesional) de acuerdo con la cláusula 5.3 del pliego de cláusulas administrativas particulares, especificando los importes para cada tipo de suministro según lo requerido en el cláusula 6.6.2 g):*
  - *Lotes 1 a 19: marcapasos implantables y electrodos para marcapasos implantables.*
  - *Lotes 20 a 29: desfibriladores automáticos implantables y electrodos para desfibriladores automáticos implantables.*
  - *Lote 30: marcapasos y/o desfibriladores automáticos implantables y/o electrodos para marcapasos implantables y/o electrodos para desfibriladores automáticos implantables.*

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 Fax 881995485
Rexistro Xeral no Edificio Administrativo San Caetano
15781 Santiago de Compostela
tacgal@xunta.gal https://tacgal.xunta.gal

No se debe incluir en estas agrupaciones, ningún otro tipo de suministros distinto a los indicados.

Esto fue de la perfecta comprensión del recurrente pues cumplimentó esta solicitud cubriendo correctamente los datos solicitados, separando, por un lado, los importes de los suministros anuales de marcapasos implantables y electrodos para marcapasos y, por otra parte, lo de los desfibriladores automáticos implantables y electrodos para desfibriladores automáticos implantables.

A mayores, el informe del órgano de contratación aporta más datos en este sentido, como el siguiente:

> *" Corrobora lo dicho el hecho de que a las empresas BIOTRONIK SPAIN, S.A y ST JUDE MEDICAL ESPAÑA, S.A. como no cumplían con el importe necesario de solvencia técnica exigida en la cláusula 6.6.2 del PCAP para todos los lotes a los que presentaban oferta, según lo declarado en el DEUC, se les requirió que indicaran a que lotes presentaban finalmente oferta teniendo en cuenta la solvencia técnica que habían declarado*
>
> *Tanto en la mesa del día 3 como en la del día 11 de noviembre de 2017 estaban presentes representantes de la empresa recurrente por lo que esta no puede alegar desconocimiento de la forma de presentar la solvencia y que, según lo dispuesto en el PCAP, se les iba a comprobar el cumplimiento del importe de dicha solvencia en función de los lotes a los que presentaba oferta, comprobando los importes por separado de los tipos fundamentales de productos: "marcapasos implantables y electrodos para marcapasos" y "desfibriladores automáticos implantables y electrodos para desfibriladores automáticos implantables"..*

Por otro lado, en esa cláusula 6.6.2 ya se recogía expresamente que *"El órgano de contratación requerirá a los licitadores que hayan presentado las cuatro ofertas económicamente más ventajosas de cada lote para que, dentro del plazo de diez días hábiles a contar desde el siguiente a aquél en que hubieran recibido el requerimiento, aporten la siguiente documentación"*, al amparo del artículo 146.4 LCSP.

De lo visto, no se puede tildar de sorpresivo para un licitador diligente saber que de estar entre las cuatro mejor evaluadas, se le iba a exigir acreditar la solvencia técnica, con la plasmación documental, estructuración y datos que estamos mencionando.

Aun así, tras serle requerida esa documentación a LIVANOVA, como al resto de esas cuatro mejor ubicadas en la evaluación, se le dio una posibilidad de enmienda, con el plazo previsto en el artículo 81.2 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre,

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 Fax 881995485
Rexistro Xeral no Edificio Administrativo San Caetano
15781 Santiago de Compostela
tacgal@xunta.gal https://tacgal.xunta.gal

por lo que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de Administraciones Públicas, de manera que no se ve actuación desproporcionada en el órgano, sino todo el contrario.

En todo caso, la perspectiva temporal limitada a la que alude el recurso respecto del plazo de enmienda, debe ser completada. Esta licitación fue anunciada el 14.09.2017, y pudieron ser presentadas las ofertas hasta el 23.10.2017, todo esto con conocimiento de lo que exigía el pliego respecto de la presentación documental y cuando era esta. También vimos que el recurrente fue informado de que la solvencia técnica debía estructurarse por lotes el 27.10.2017, lo que este entendió y así hizo el 31.10.2017. A mayores, el 10.04.2018 se le requiere que presente esa documentación que la cláusula 6.6.2 expresaba con toda claridad que se pediría a los cuatro primeros, con un plazo de diez días hábiles, por lo que no estamos hablando de que sólo hubo el período de los tres días de la última enmendá para conseguir esta documental, pues este último período aparece, precisamente, porque no se atendieron a los previos.

De la misma manera, no podemos compartir la referencia de que acreditó por tres veces la solvencia. Lo que sucedió fue, precisamente, que hubo que otorgarle posibilidades de enmienda lo cual no denota una actuación desproporcionada del órgano de contratación, sino precisamente garantista de la concurrencia.

Otra tesis del recurso que debemos analizar es que para él el artículo 77 TRLCSP hay que entenderlo de forma que, tanto cuando el destinatario del suministro que se aporta para justificar la solvencia es público como cuando es privado, ante la falta de certificados, servirá una mera declaración del propio licitador, y así debe ser interpretada entonces la cláusula 6.6.2.g) del PCAP.

En primer lugar, ya observamos que esa interpretación no se compadece con la literalidad de ese apartado del PCAP que diferencia, claramente:

> *"Los certificados que acrediten los suministros realizados deben ser expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público. Cuando el destinatario sea un comprador privado, el certificado deberá ser expedido por éste o, a falta de estos certificado, mediante una declaración del empresario que concurre a la licitación. En los certificados deberá especificarse claramente que son los suministros exigidos para los lotes 1-19 y 20-29 citados en el párrafo anterior."*

Pero es que además en este punto el PCAP no hace sino seguir la ley, el TRLCSP, cuando expresa:

> *"Artículo 74. Medios de acreditar la solvencia.*

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 Fax 881995485
Rexistro Xeral no Edificio Administrativo San Caetano
15781 Santiago de Compostela
tacgal@xunta.gal https://tacgal.xunta.gal

1. La solvencia económica y financiera y técnica o profesional se acreditará mediante la presentación de los documentos que se determinen por el órgano de contratación de entre los previstos en los artículos 75 a 79."

"Artículo 77. Solvencia técnica en los contratos de suministro.

a) Relación de los principales suministros efectuados durante los cinco últimos años, indicando su importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos. Los suministros efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público o cuando el destinatario sea un comprador privado, mediante un certificado expedido por este o, la falta de este certificado, mediante una declaración del empresario"

Este TACGal no puede compartir la tesis del recurrente de que el artículo 77 TRLCSP lleve a un entendimiento de que en el mismo no hay distinción entre cuando el destinatario sea una entidad del sector público o cuando es un comprador privado, por cuanto la literalidad no denota sino lo contrario, por lo que, se esté o no de acuerdo con la ley, si los pliegos efectúan tal diferenciación sólo siguen la norma legal y, por lo tanto, nada más cabe cuestionar al respeto.

Pero es que además no podemos olvidar que aquel artículo 77 era una transcripción, casi literal, del artículo 48.2.a).ii) de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de diciembre, que recogía:

"ii) presentación de una relación de los principales suministros o de los principales servicios efectuados durante los tres últimos años, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado. Los suministros y las prestaciones de servicios se demostrarán:

- cuando el destinatario sea un poder adjudicador, mediante los certificados expedidos o visados por la autoridad competente;

- cuando el destinatario sea un comprador privado, mediante un certificado del comprador o, a falta de este certificado, simplemente mediante una declaración del operador económico".

Por lo tanto, aquí la división es inapelable, no sólo en su literalidad, sino también en su estructura, al ponerlo en párrafos separados, cada uno con su propio guión.

En definitiva, no se puede tildar de contrario a derecho ni formalista una actuación del órgano que sólo ejecuta en cuanto a la exigencia de certificados cuando el destinatario de los suministros a aportar es una entidad de derecho público, lo que recogía el pliego, el TRLCSP y la propia Directiva,

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 Fax 881995485
Rexistro Xeral no Edificio Administrativo San Caetano
15781 Santiago de Compostela
tacgal@xunta.gal https://tacgal.xunta.gal

Todo lo anterior sirve para entonces rechazar las líneas argumentativas del recurso y desestimar este, pero a mayores el informe del órgano de contratación, en contestación a este, desarrolla como la documental admisible presentada no sirve para conseguir la solvencia exigida.

Por ejemplo, frente a lo que expresa el recurrente, el informe explica que no acreditó, una cifra global de suministro de marcapasos y desfibriladores en el año 2016 superior a 10.700.000 €. Explica también que lo que hizo el recurrente fue declararlo, pero no acreditarlo documentalmente según las condiciones de esta licitación, lo que son cosas distintas. Finalmente tal informe muestra y desarrolla que, en base a los criterios descritos y aportaciones documentales admisibles realizadas, los años de máximo importe de los dos tipos de suministros de las que estamos tratando, no alcanzan lo mínimo exigido.

Finalmente, en relación a la petición del órgano de la multa prevista en el artículo 58.2 LCSP, no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso a estos efectos.

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

1. **Desestimar** los recursos interpuestos por LIVANOVA ESPAÑA S.L. contra la exclusión de su oferta en los lotes 1, 2, 3, 5, 6, 8, 10, 11, 12, 14, 15, 16, 17, 21, 24, 27 y 28 (recurso 51/2018) y contra la adjudicación de tales lotes (recurso 57/2018) en el procedimiento de contratación, mediante acuerdo marco, del suministro de implantes de marcapasos y desfibriladores con destino a las Estructuras de Gestión Integradas del Servicio Gallego de Salud, expediente MA-SER1-17-005.

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

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 Fax 881995485
Rexistro Xeral no Edificio Administrativo San Caetano
15781 Santiago de Compostela
tacgal@xunta.gal https://tacgal.xunta.gal

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.