

Recurso nº 54/2018**Resolución nº 51/2018****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

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

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por A. I. M. S. actuando en nome e representación de BOSTON SCIENTIFIC IBÉRICA, S.A. contra a exclusión pola mesa de contratación das súas ofertas para os lotes 1, 2, 3, 5, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 e 18, na contratación polo Servizo Galego de Saúde dun acordo marco para a subministración sucesiva de implantes de marcapasos e desfibriladores con destino ás Estruturas de Xestión Integradas do Servizo Galego de Saúde, código MA-SER1-17-005, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia (TACGal, en adelante) en sesión celebrada no día da data, adoptou, por unanimidade, a seguinte Resolución:

ANTECEDENTES DE FEITO

Primeiro.- O Servizo Galego de Saúde convocou a licitación, mediante acordo marco, para a subministración de implantes de marcapasos e desfibriladores con destino ás estruturas de xestión integradas, cun valor estimado declarado de 83.446.300,80 euros, dividido en 30 lotes.

Tal licitación foi obxecto de publicación no perfil do contratante e no DOUE e na Plataforma de contratos públicos de Galicia o día 14.09.2017, BOE 26.09.2017 e DOG 29.09.2017.

Segundo.- Segundo o expediente da licitación, o contrato estivo sometido ao texto refundido da Lei de Contratos do Sector Público, aprobado polo Real Decreto Lexislativo 3/2011, de 14 de novembro (TRLCSP, en adelante).

Terceiro.- O recorrente impugna a resolución de data 04.06.2018 pola que se decide a súa exclusión do procedemento de contratación, notificada o 08.06.2018.

Cuarto.- En data 29.06.2018 BOSTON SCIENTIFIC IBÉRICA, S.A.(en adelante. BSCI) interpuxo recurso especial en materia de contratación contra a dita resolución de exclusión, a través sede electrónica da Xunta de Galicia.

Quinto.- Con data 02.07.2018 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 diante, LCSP), sendo recibida neste Tribunal o día 11.07.2018.

Sexto.- Trasládouse o recurso aos interesados o 13.07.2018, sen que se recibiran alegacións.

Sétimo.- O 05.07.2018 o TACGal acorda adoptar a medida cautelar de suspensión da licitación sobre os lotes 1, 2, 3, 5,10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 e 18.

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.- En virtude do disposto na Disposición Transitoria Primeira.4 LCSP 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 é excluído da licitación, polo que ostenta a lexitimación esixida segundo o artigo 48 da LCSP.

Cuarto.- Dado as datas descritas, o recurso foi interposto no prazo previsto no artigo 50 da LCSP.

Quinto.- Tanto polo acto recorrido como polo importe do contrato o recurso é admisible segundo o previsto no artigo 44.1.b) e 2.b) LCSP.

Sexto.- O recurso do recorrente expresa que o acordo de exclusión non se axusta á cláusula 6.6.2. g) do Prego de Cláusulas Administrativas Particulares, porque desagregación esixida para a acreditación da solvencia técnica non deriva dese apartado nin era do seu coñecemento que isto era o solicitado. Tamén alude á falta de motivación da resolución impugnada e, en último caso, que a súa representada si ten a suficiente solvencia técnica.

Sétimo.- O informe do órgano de contratación defende a actuación administrativa e rebate o recollido no recurso, en base a consideracións que seguidamente expoñeremos.

Oitavo.- Como é oportuno facer, debemos comezar por reproducir as cláusulas do Prego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), referentes á solvencia técnica, por ser o que nos ocupa.

Comezamos pola cláusula 6.6.2.g) do PCAP, que recollía:

“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/o 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 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.”

Mencionar, a maiores, que a esixencia documental recollida (certificados, etc...) é plasmación do establecido no TRLCSP:

“Artigo 74. Medios de acreditar a solvencia.

1. A solvencia económica e financeira e técnica ou profesional acreditarase mediante a achega dos documentos que se determinen polo órgano de contratación de entre os previstos nos artigos 75 a 79.”

“Artigo 77. Solvencia técnica nos contratos de subministración.

a) Relación das principais subministracións efectuadas durante os cinco últimos anos, indicando o seu importe, datas e destinatario público ou privado dos mesmos. As subministracións efectuadas acreditaranse mediante certificados expedidos ou visados polo órgano competente, cando o destinatario sexa unha entidade do sector público ou cando o destinatario sexa un comprador privado, mediante un certificado expedido por este ou, a falta deste certificado, mediante unha declaración do empresario”

Finalmente, é oportuno encadrar o debate da exclusión por non aportarse a solvencia esixida, nas seguintes reflexións da Resolución 196/2015 do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais:



“Séptimo. Examinado el expediente de contratación remitido, el Tribunal considera que el acto de exclusión objeto de recurso es conforme a los Pliegos y a Derecho, por lo que procede la desestimación del presente recurso especial. En la anterior Resolución 79/2015 ya se expuso la doctrina general del Tribunal sobre los criterios de solvencia exigibles en la contratación pública, doctrina que se puede resumir en las siguientes consideraciones:

- La normativa de contratación pública exige para poder contratar con los distintos poderes adjudicadores el cumplimiento previo de los requisitos de capacidad y solvencia, en sus distintas vertientes económica y financiera, técnica y profesional, con el objetivo de garantizar la idoneidad del licitador para la ejecución de la prestación demandada. Estas exigencias de capacidad y solvencia se conforman como un requisito o condición “sine qua non”, cuyo no cumplimiento justifica la exclusión de la licitación. Y ello con el fin de garantizar el interés público que es causa de todo contrato público. Como se indica en el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 53/10, de 10 de diciembre (y, en igual sentido, informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña 6/2011, de 5 de julio), la exigencia de la acreditación de la solvencia es un soporte fundamental del sistema de selección del candidato para la adjudicación del contrato que permite identificar cuáles son las empresas idóneas, constituyendo el acierto en su determinación y aplicación un importante beneficio para el órgano de contratación.

- Conforme tiene declarado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informe 36/2007, de 5 de julio) y el propio Tribunal (por todas, Resolución 791/2014, de 24 de octubre) los criterios escogidos por el órgano de contratación para que los licitadores justifiquen su solvencia deben cumplir las siguientes condiciones: han de figurar en el PCAP y en el anuncio del contrato; deben ser criterios determinados; deben estar relacionados con el objeto y el importe del contrato; deben encontrarse entre los enumerados en el TRLCSP según el contrato de que se trate y, en ningún caso, pueden producir efectos de carácter discriminatorio, sin que sea discriminatorio (informe de la JCCA 51/2005, de 19 de diciembre y Resoluciones de este Tribunal 16/2012, de 13 de enero y 212/2013, de 5 de junio) el solo hecho de que no todos los empresarios puedan acreditar la solvencia exigida en el pliego.

- La determinación de los concretos medios de acreditación de la solvencia exigidos, de entre los admitidos en el TRLCSP, no corresponde a los licitadores sino a la Administración contratante, siendo exigible que los medios elegidos no sean irrazonables o inadecuados para acreditar la solvencia (Resolución 32/2011, de 16 de febrero, 271/2012, de 30 de noviembre, con cita ésta última de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2012).”

Centrados xa no noso caso, a cláusula 6.6.2.g), referente á solvencia, estrutura tal esixencia entre os lotes de 1 a 19 e de 20 a 29 (dado que o acordo de exclusión de BSCI refire só o tramo dos lotes 1-19, neste nos centraremos). Xunto a que dende o principio dese apartado se ve tal estruturación, tamén se recolle, precisamente, cando se alude aos certificados: *“En los certificados deberá especificarse claramente que son los suministros exigidos para los lotes 1-19 y 20-29 citados en el párrafo anterior.”*

A maiores, hai que significar que o 27 de outubro de 2017 se procedeu á apertura dos sobres A. Pois ben, ao respecto, ao noso licitador se lle pediu que enmendara aspectos que, no que aquí nos interesa, deixaban claro que o criterio era facer aquela estruturación no tocante á solvencia técnica e a súa xustificación, pois se lle solicitou:

- *“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.*

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

Isto foi da perfecta comprensión do recorrente pois cumprimentou esta solicitude cubrindo correctamente os datos solicitados, separando, por un lado, os importes das subministracións anuais de marcapasos implantables e eléctrodos para marcapasos e, por outra banda, os dos desfibriladores automáticos implantables e eléctrodos para desfibriladores automáticos implantables. Así, no seu escrito de presentación da enmenda, xa recollía:

“En relación a su mail referente a la documentación del Sobre Administrativo presentado al expediente de referencia, adjuntamos la documentación solicitada:



DEUC modificando con la solvencia técnica (parte IV: criterios de selección – C: capacidad técnico 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 la cláusula 6.6.2 g):

o Lotes 1 a 19: marcapasos implantables y electrodos para marcapasos implantables.

o Lotes 20 a 29: desfibriladores automáticos implantables y electrodos para desfibriladores automáticos implantables.

o Lote 30: marcapasos y/o desfibriladores automáticos implantables y/o electrodos para marcapasos implantables y/o electrodos para desfibriladores automáticos implantables.”

De feito, o seu DEUC enmendado xa incorporou esa estrutura, diferenciando, para mostrar a solvencia entre: lotes 1 a 19, lotes 20 a 29 e lote 30.

A maiores, o informe do órgano de contratación aporta máis datos neste sentido, como o seguinte:

”Corroborar 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 DE UC, 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".

Finalmente, fronte a alegación do recorrente de que non era lóxica esta estruturación, o informe explica:



“No estamos de acuerdo con la interpretación de la recurrente de que no tenga sentido ninguno distinguir entre los dos tipos de suministros.

En efecto, el marcapasos se utiliza en pacientes que tienen un problema significativo relacionado a la conducción eléctrica del corazón. Esta disfunción eléctrica hace que el ritmo del corazón sea o muy lento o excesivamente rápido. Tanto un ritmo cardíaco lento (bradicardia) como uno muy acelerado (taquicardia), puede causar una disfunción en la contracción del músculo cardíaco.

Cuando el corazón deja de contraerse adecuadamente, los órganos de nuestro cuerpo (en especial el cerebro) no reciben la sangre necesaria para su funcionamiento. Esto puede causar desmayo, fatiga o cansancio, falta de respiración o inclusive paro cardíaco. El marcapasos se encarga de proveerle al corazón, constantemente en muchos casos, la electricidad que éste necesita para poder seguir funcionando adecuadamente. En la mayoría de los casos el paciente tiene un cable, o conductor de electricidad, en el atrio derecho y otro en el ventrículo derecho. Este sistema asegura la comunicación eléctrica entre las cámaras superiores e inferiores del corazón.

Por su parte el desfibrilador es un aparato que le proporciona un "shock" eléctrico al corazón en caso de que éste desarrolle un ritmo caótico que resulte incompatible con la vida. Existen principalmente dos ritmos cardíacos que podrían resultar letales: taquicardia ventricular y fibrilación ventricular. El desfibrilador que se implanta hoy día en humanos es capaz de reconocer rápidamente estos ritmos cardíacos y tratar de terminarlos abruptamente mediante la conducción de una corriente eléctrica al corazón. El desfibrilador, a diferencia del marcapasos que puede estar activo constantemente brindándole una seguridad eléctrica al corazón, sólo se activa cuando reconoce un ritmo cardíaco que puede ocasionarle la muerte al individuo.

Queda pues claro que ambos productos ni son iguales ni tienen la misma función, aunque ambos se implanten en el músculo cardíaco.”

Por outro lado, nesa cláusula 6.6.2 se recollía 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”,* ao abeiro do artigo 146.4 LCSP.

Do visto, non se pode tildar de sorpresivo para un licitador dilixente saber que de estar entre as catro mellor avaliadas, se lle ía esixir acreditar a solvencia técnica, coa plasmación documental, estruturación e datos que estamos a mencionar.

Aínda así, tras serlle requirida esa documentación a BSCI, como ao resto desas catro mellor situadas na avaliación, se lle deu a posibilidade de enmenda, co prazo previsto no artigo 81.2 do Real Decreto 1098/2001, de 12 de outubro, polo que se aproba o Regulamento Xeral da Lei de Contratos de Administracións Públicas, de maneira que non se ve actuación desproporcionada no órgano, senón todo o contrario.

En todo caso, a perspectiva temporal limitada á que alude o recuso en canto ao prazo desa última enmenda, debe ser completada. Esta licitación foi anunciada o 14.09.2017, e puideron ser presentadas as ofertas ate o 23.10.2017, todo isto con coñecemento do que esixía o prego verbo da presentación documental e cando sería esta. Tamén vimos que o recorrente foi informado de que a solvencia técnica debía estruturarse por lotes o 27.10.2017, o que este entendeu e así fixo o 30.10.2017. A maiores, o 10.04.2018 se lle require que presente esa documentación que a cláusula 6.6.2 expresaba con toda claridade que se pediría aos catro primeiros, cun prazo de dez días hábiles, polo que non estamos a falar de que só houbo o período dos tres días da última enmenda para acadar esta documental, pois este último período aparece, precisamente, porque non se atenderon aos previos.

Tampouco podemos apreciar falta de motivación xerador de indefensión invalidante cando o recurso demostra o coñecemento das causas da súa exclusión pois, de feito, as combate. En realidade, o recorrente recoñece que tivo coñecemento pleno daquelas causas por canto que expresa que, en todo caso caso, *“con ocasión de la vista del expediente...se ha facilitado a mi representada los detalles del razonamiento que ha conducido a su exclusión”*.

A última alegación de BSCI é que, sendo incontrovertido que, como recolle, se “exigía para los lotes 1 a 19 una solvencia mínima de 6.256.549,2 €”, considera que todos os anos BSCI acreditou unha solvencia moi superior á esixida polo órgano de contratación.

Neste punto tamén o informe do órgano de contratación desvirtúa convintemente tal aseveración:

Sobre a primeira aportación documentación, presentada como contestación á solicitude do 10 de abril de 2018, se consideraron admisibles os certificados da



Dirección Xeral de Xestión e SS. XX. do Sector Sanitario Zaragoza 11 e do Hospital Clínico Universitario "Lozano Blesa" (Goberno de Aragón), o da Área de Contratación dos Servizos Centrais do SESCAM (Junta de Comunidades de Castela-A Mancha).

En cambio, non se admiten os certificados do Institut Catalá de la Salut, das Plataformas Loxísticas Sanitarias de Málaga, Xaén e Sevilla, por non indicar o tipo de material que subministra, nin o do Servizo Murciano de Saúde, Hospital Universitario de Fuenlabrada, Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín, porque non separa os importes que corresponden a marcapasos por un lado e desfibriladores por outro, polo que non se pode saber as cantidades que corresponden a cada grupo.

Na segunda documentación presentada como contestación á solicitude de 21 de maio de 2018, se admiten os certificados do Director Económico e de Profesionais da Área Sanitaria IV. Oviedo, a declaración responsable de Boston Scientific Ibérica, S.A. de clientes privados de 22 de maio de 2018, e os certificados da Xefatura de Compras e Contratación da OSI Donostialdea, pero non o do Hospital Clínico de Barcelona, pois tampouco separa os importes que corresponden a marcapasos por un lado e desfibriladores por outro, polo que tampouco se pode saber as cantidades que corresponden a cada grupo.

A conclusión entón a que se chega é de insuficiencia de solvencia técnica verbo dos lotes 1 a 19, pois nunca se chega a alcanzar eses 6.256.549,2 €, verbo deses marcapasos implantables e electrodos para marcapasos:

Total de los importes de marcapasos y electrodos para marcapasos y total desfibriladores implantables y electrodos para desfibriladores aportados por la empresa:

	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Marcapasos y electrodos p/marcap.	2.179.535,83 €	4.209.763,18 €	3.275.573,77 €	4.490.913,66 €	3.985.168,45 €	1.120.200,35 €
Desfibriladores implantables y electrodos/desfib.	3.029.063,57 €	5.315.153,67 €	4.645.003,40 €	4.134.896,03 €	5.091.214,63 €	2.462.227,70 €

Pues bien con estos datos se puede comprobar que para el caso de los marcapasos implantables y electrodos para marcapasos, con los **certificados válidos** aportados por la recurrente no se alcanza la cifra mínima de solvencia técnica por lo que la empresa fue excluida del procedimiento.

La empresa si justifica correctamente la solvencia técnica mínima en el caso de los desfibriladores implantables y electrodos para desfibriladores.

Polo tanto, non cabe acoller o recurso presentado.

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 BOSTON SCIENTIFIC IBÉRICA, S.A. contra a exclusión pola mesa de contratación das súas ofertas para os lotes 1, 2, 3, 5, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 e 18, na contratación polo Servizo Galego de Saúde dun acordo marco para a subministración sucesiva de implantes de marcapasos e desfibriladores con destino ás Estruturas de Xestión Integradas do Servizo Galego de Saúde, código MA-SER1-17-005.
2. Levantar a suspensión acordada no seu día.
3. 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 del 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.