

Recurso nº 54/2018

Resolución nº 51/2018

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 A.I.M.S. actuando en nombre y representación de BOSTON SCIENTIFIC IBÉRICA, S.A. contra la exclusión por la mesa de contratación de sus ofertas para los lotes 1, 2, 3, 5, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 y 18, en la contratación por el Servicio Gallego de Salud de un acuerdo marco para el suministro sucesivo de implantes de marcapasos y desfibriladores con destino a las Estructuras de Gestión Integradas del Servicio Gallego de Salud, código 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, para el 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).

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.

Cuarto.- En fecha 29.06.2018 BOSTON SCIENTIFIC IBÉRICA, S.A.(en adelante BSCI) interpuso recurso especial en materia de contratación contra dicha resolución de exclusión, a través de la sede electrónica de la Xunta de Galicia.

Quinto.- Con fecha 02.07.2018 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), siendo recibida en este Tribunal el día 11.07.2018.

Sexto.- Se trasladó el recurso a los interesados el 13.07.2018, sin que se recibieran alegaciones.

Séptimo.- El 05.07.2018 el TACGal acuerda adoptar la medida cautelar de suspensión de la licitación sobre los lotes 1, 2, 3, 5,10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 y 18.

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 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 es excluido de la licitación, por lo que ostenta la legitimación exigida según el artículo 48 de la LCSP.

Cuarto.- Dadas las fechas descritas, el recurso fue interpuesto 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.b) y 2.b) LCSP.

Sexto.- El recurso del recurrente expresa que el acuerdo de exclusión no se ajusta a la cláusula 6.6.2. g) del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, porque el desglose exigido para la acreditación de la solvencia técnica no deriva de ese apartado ni era de su conocimiento que esto era lo solicitado. También alude a la

falta de motivación de la resolución impugnada y, en último caso, que su representada sí tiene la suficiente solvencia técnica.

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.

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/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 mayores, que la exigencia documental recogida (certificados, etc...) es plasmación de lo establecido en el TRLCSP:

“Artículo 74. Medios de acreditar la solvencia.

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, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario”

Finalmente, es oportuno encuadrar el debate de la exclusión por no aportarse la solvencia exigida, en las siguientes reflexiones de la Resolución 196/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales:

“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 ya en nuestro caso, la cláusula 6.6.2.g), referente a la solvencia, estructura tal exigencia entre los lotes de 1 a 19 y de 20 a 29 (dado que el acuerdo de exclusión de BSCI refiere solo el tramo de los lotes 1-19, en este nos centraremos). 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 el 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 respeto, 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.*

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

En el se debe incluir en estas agrupaciones, ningún otro tipo de suministros distinto la 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, los de los desfibriladores automáticos implantables y electrodos para desfibriladores automáticos implantables. Así, en su escrito de presentación de la enmienda, ya recogía:

“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 hecho, su DEUC enmendado ya incorporó esa estructura, diferenciando, para mostrar la solvencia entre: lotes 1 a 19, lotes 20 a 29 y lote 30.

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

“Corroboro lo dicho el hecho de que a las empresas BIOTRONIK SPAIN, S.A y ST JUDE MEDICAL ESPAÑA, S.A. como no cumplieran 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".

Finalmente, frente a la alegación del recurrente de que no era lógica esta estructuración, el 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 disyunción 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 otro lado, en esa cláusula 6.6.2 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 BSCI, como al resto de esas cuatro mejor ubicadas en la evaluación, se le dio la posibilidad de enmienda, con el plazo previsto en el artículo 81.2 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, 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 en cuanto al plazo de esa última 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 sería 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 30.10.2017. 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 enmienda para conseguir esta documental, pues este último período aparece, precisamente, porque no se atendieron los previos.

Tampoco podemos apreciar falta de motivación generador de indefensión invalidante cuando el recurso demuestra el conocimiento de las causas de su exclusión pues, de hecho, las combate. En realidad, el recurrente reconoce que tuvo conocimiento pleno de aquellas causas por cuanto que expresa que, en todo caso, *“con ocasión de la vista del expediente...se ha facilitado a mi representada los detalles del razonamiento que ha conducido a su exclusión”*

La última alegación de BSCI es que, siendo incontrovertido que, como recoge, se *“exigía para los lotes 1 a 19 una solvencia mínima de 6.256.549,2 €”*, considera que

todos los años BSCI acreditó una solvencia muy superior a la exigida por el órgano de contratación.

En este punto también el informe del órgano de contratación desvirtúa convenientemente tal aseveración:

Sobre la primera aportación documentación, presentada como contestación a la solicitud del 10 de abril de 2018, se consideraron admisibles los certificados de la Dirección General de Gestión y SS. XX. del Sector Sanitario Zaragoza 11 y del Hospital Clínico Universitario "Lozano Blesa" (Gobierno de Aragón), o del Área de Contratación de los Servicios Centrales do SESCAM (Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha).

En cambio, no se admiten los certificados del instituto Catalana de la Salut, de las Plataformas Logísticas Sanitarias de Málaga, Jaén y Sevilla, por no indicar el tipo de material que suministra, ni el del Servicio Murciano de Salud, Hospital Universitario de Fuenlabrada, Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín, porque no separa los importes que corresponden a marcapasos por un lado y desfibriladores por otro, por lo que no se puede saber las cantidades que corresponden a cada grupo.

En la segunda documentación presentada como contestación a la solicitud de 21 de mayo de 2018, se admiten los certificados del Director Económico y de Profesionales del área Sanitaria IV. Oviedo, la declaración responsable de Boston Scientific Ibérica, S.A. de clientes privados de 22 de mayo de 2018, y los certificados de la Jefatura de Compras y Contratación de la OSI Donostialdea, pero no el del Hospital Clínico de Barcelona, pues tampoco separa los importes que corresponden a marcapasos por un lado y desfibriladores por otro, por lo que tampoco se puede saber las cantidades que corresponden la cada grupo.

La conclusión entonces a que se llega es de insuficiencia de solvencia técnica verbo de los lotes 1 a 19, pues nunca se llega a alcanzar esos 6.256.549,2 €, respecto de esos marcapasos implantables y 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.

Por lo tanto, no cabe acoger el recurso presentado.

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 BOSTON SCIENTIFIC IBÉRICA, S.A. contra la exclusión por la mesa de contratación de sus ofertas para los lotes 1, 2, 3, 5, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 y 18, en la contratación por el Servicio Gallego de Salud de un acuerdo marco para el suministro sucesivo de implantes de marcapasos y desfibriladores con destino a las Estructuras de Gestión Integradas del Servicio Gallego de Salud, código 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 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.