

Recurso nº 79/2019**Resolución nº 83/2019****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 12 de abril 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 resolución de exclusión da súa oferta no lote 17 do procedemento de licitación do contrato de subministro 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.- O recorrente impugna a decisión da mesa de contratación de excluír a súa oferta no lote 17 por non acreditar a solvencia técnica esixida, notificada o día 26.03.2019.

Cuarto.- O día 28.03.2019 TOPCON S.A. 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 na web deste Tribunal.

Quinto.- Na mesma data 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 adiante, LCSP). A documentación foi recibida neste Tribunal o 3 e 4 de abril.

Sexto.- Trasládouse o recurso aos interesados con data 03.04.2019, recibíndose alegacións de oposición de CARL ZEISS MEDITEC IBÉRIA, S.A.U.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

Primeiro.- Ao abeiro do artigo 35 bis 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 aos 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 foi excluído da licitación polo acordo aquí impugnado, polo que a súa lexitimación é incuestionable.

Cuarto.- Dadas as datas sinaladas, o recurso foi interposto dentro do prazo legal.

Quinto.- Impugnándose un acordo de exclusión ditado nunha licitación de subministro cun valor estimado superior a 100.000 euros, o recurso é admisible neses aspectos.

Sexto.- A situación fáctica que se nos presenta neste recurso é a dun licitador proposto como adxudicatario que resulta excluído por non acreditar a súa solvencia técnica, tras concederlle o órgano de contratación trámite de emenda, no que se acreditaron contratos que non alcanzaban o límite de solvencia fixado nos pregos da licitación.

O recurrente alega ao respecto que foi indebidamente excluído posto que os contratos realizados con anterioridade para o Servizo Galego de Saúde acreditan a súa solvencia mínima esixida, para o que acompaña documentos ao respecto.

O órgano de contratación no seu informe para este recurso especial expresa:

“La exclusión de la entidad del procedimiento en este lote, procede por no subsanar la documentación presentada y, en consecuencia, incumplimiento de lo dispuesto en el pliego, como sanciona el apartado 6.6.3 del mismo y del artículo 150 de la LCSP.

La presentación del documento en el que consta el suministro de dos lotes del expediente AB-SER2-15-008, cuya cuantía supera en el año de mayor ejecución el 70% de la anualidad media del contrato, no tiene trascendencia, de acuerdo con el principio general contenido en el artículo 118 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas a cuyo tenor no se tendrán en cuenta en la resolución de los recursos, hechos, documentos o alegaciones del recurrente, que hubiera podido aportar en el momento procedimental oportuno. (...)

En definitiva, puesto que la empresa, ha incumplido el requerimiento establecido en el apartado 6.6.2 del PCAP y artículo 150 de la LCSP, la exclusión por la Mesa de contratación es correcta y, esta Dirección General, entiende que el recurso debe ser desestimado.”

A maiores, CARL ZEISS MEDITEC IBÉRIA, S.A.U. alega sobre o que agora se aporta no recurso que:

“Concretamente, la empresa recurrente fundamenta su solvencia técnica en dos actas de recepción de dos equipos suministrados en dos procedimientos de licitación, convocados por el SERGAS.

De la lectura de dichas actas se comprueba que las fechas de las mismas son del 24 de noviembre de 2015.

(...)

El propio art. 89.1.a) LCSP establece que la relación de suministros realizados como acreditación de la solvencia técnica comprenderá el máximo de los tres últimos años. Es decir, que solo se podrán tomar en cuenta las relaciones de suministros efectuados en un periodo posterior al aportado por TOPCON ESPAÑA, S.A.

O, dicho de otra forma, las actas presentadas por TOPCON ESPAÑA, S.A. para acreditar su solvencia técnica no se ajustan a lo establecido en la Ley vigente y, por tanto, no se pueden tomar en cuenta para acreditar la solvencia técnica. No se trata de certificados expedidos o visados, sino de actas de recepción de equipos, y si lo tomamos como relación de los suministros efectuados, tampoco se pueden tomar en cuenta porque son anteriores a los tres últimos años.”

Este TACGal debe resolver o caso concreto en base ás circunstancias do mesmo, e o primeiro que se observa do suposto que nos ocupa é que tras emenda aberta ao licitador respecto a súa declaración de solvencia técnica, a documental que aportou non era suficiente para o esixido no prego ao respecto.

Sobre esta cuestión expresamos na nosa Resolución 45/2019:

“En consecuencia, sendo claras as condicións da licitación, era responsabilidade exclusiva do recorrente a axeitada configuración da súa proposta, o que esixe que debamos entender como correcta a decisión de exclusión aquí impugnada.

Aceptar a intención do recorrente de que os defectos existentes sexan emendados ben nesta vía de recurso, acompañando documentación probatoria ao respecto, ben nun novo trámite de alegacións que necesariamente se debería producir de estimar a súa pretensión anulatoria, vulneraría o principio de igualdade en prexuízo dos restantes licitadores.

O recorrente debeu presentar inicialmente un DEUC correctamente cuberto. Non sendo así, tivo unha nova oportunidade de cumprir axeitadamente a súa obriga

no prazo concedido ao efecto, tras o oportuno requirimento efectuado pola mesa de contratación. O feito de non facelo non se pode achacar polo tanto ao órgano de contratación, senón a unha falta de dilixencia do licitador que, como tal, debe asumir as consecuencias do seu incumprimento. Como sinala a STXUE de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/10), é o licitador quen debe responsabilizarse da corrección da súa oferta:

“la falta de claridad de su oferta no es sino el resultado del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la misma, al que están sujetas de igual manera que los demás candidatos”.

No mesmo sentido nos pronunciamos na anterior Resolución 102/2018 na que este TACGal xa concluía que:

“Así, admitir que ... puidese novamente emendar a documentación presentada unha vez finalizado o prazo concedido ao efecto, e tras incluso a fase de aclaracións que se lle abriu, resultaría contrario á libre concorrência e á necesaria transparencia que debe presidir un procedemento de licitación pública. Non é admisible, nese sentido, nin unha ampliación do prazo, nin unha emenda do xa emendado.”

E nesa Resolución xa facíamos referencia a diversa doutrina dos tribunais administrativos no mesmo sentido. Por exemplo, Resolución 793/2016 do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais ou a Resolución 301/2018 do Tribunal Administrativo de Recursos Contractuais de Andalucía.

Non se pode acoller o argumento do recorrente relativo á defensa do principio de concorrência. O órgano de contratación xa lle deu no seu momento ao recorrente a posibilidade de emenda da documentación presentada, polo que o incumprimento das condicións da licitación só a el lle é imputable, como xa dixemos. En consecuencia, a concesión de novas oportunidades para corrixir os seus propios erros vulneraría gravemente o principio de igualdade que debe rexer toda licitación pública.”

Por outra banda, respecto dese trámite último de emenda non se nos aporta que o licitador se quixera remitir a algo máis, a maiores do que aportaba con esa documental nese momento, polo que loxicamente o órgano de contratación só valorou a documentación efectivamente presentada.

Unamos a isto que aquel listado inicial que se aportara polo licitador era moi xenérico, sen identificación concreta dos específicos contratos que se podería estar a citar, algo moi sinxelo de incorporar de ser esa a intención. Finalmente, incluso respecto do que agora se xunta co recurso observamos disfuncións en datos, como é que esa documental agora xuntada sexa referida a un contrato de 2015 o que naquel listado aparecería, repetimos que xenericamente, nun ano diferente, todo o cal redundará na falta de dilixencia esixible a un licitador.

Así, baste con sinalar para a desestimación que cando se lle pediu a emenda só aporta determinada documental, sen máis referencias, sobre a que non se discute a súa insuficiencia, e, en segundo lugar, que a concreción e detalle doutros contratos nunca se produciu no procedemento de licitación a pesar de estar ao alcance do licitador de ser esa a súa intención, sendo oportuno lembrar neste punto que a acreditación da solvencia é unha obriga da responsabilidade do licitador. O feito de non facelo, determina que o recorrente deba asumir as consecuencias da súa actuación.

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 resolución de exclusión da súa oferta no lote 17 do procedemento de licitación do contrato de subministro 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.