

Recurso nº 79/2019**Resolución nº 83/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 12 de abril 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 resolución de exclusión de su oferta en el lote 17 del procedimiento de licitación del contrato de 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).

Tercero.- El recurrente impugna la decisión de la mesa de contratación de excluir su oferta en el lote 17 por no acreditar la solvencia técnica exigida, notificada el día 26.03.2019.

Cuarto.- El día 28.03.2019 TOPCON S.A. 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 en la web de este Tribunal.

Quinto.- En la misma fecha 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 3 y 4 de abril.

Sexto.- Se trasladó el recurso a los interesados con fecha 03.04.2019, recibándose alegaciones de oposición de CARL ZEISS MEDITEC IBÉRIA, S.A.U.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Al amparo del artículo 35 bis 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 fue excluido de la licitación por el acuerdo aquí impugnado, por lo que su legitimación es incuestionable.

Cuarto.- Dadas las fechas señaladas, el recurso fue interpuesto dentro del plazo legal.

Quinto.- Impugnándose un acuerdo de exclusión dictado en una licitación de suministro con un valor estimado superior a 100.000 euros, el recurso es admisible en esos aspectos.

Sexto.- La situación fáctica que se nos presenta en este recurso es la de un licitador propuesto como adjudicatario que resulta excluido por no acreditar su solvencia técnica, tras concederle el órgano de contratación trámite de enmienda, en el que se acreditaron contratos que no alcanzaban el límite de solvencia fijado en los pliegos de la licitación.

El recurrente alega al respecto que fue indebidamente excluido puesto que los contratos realizados con anterioridad para el Servicio Gallego de Salud acreditan su solvencia mínima exigida, para lo cual acompaña documentos al respecto.

El órgano de contratación en su 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.”

Además, CARL ZEISS MEDITEC IBÉRIA, S.A.U. alega sobre lo que ahora se aporta en el 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 el caso concreto en base a las circunstancias del mismo, y lo primero que se observa del supuesto que nos ocupa es que tras subsanación abierta al licitador respecto a su declaración de solvencia técnica, la documental que aportó no era suficiente para lo exigido en el pliego al respecto.

Sobre esta cuestión expresamos en nuestra Resolución 45/2019:

“En consecuencia, siendo claras las condiciones de la licitación, era responsabilidad exclusiva del recurrente la adecuada configuración de su propuesta, lo que exige que debamos entender como correcta la decisión de exclusión aquí impugnada.

Aceptar la intención del recurrente de que los defectos existentes sean enmendados bien en esta vía de recurso, acompañando documentación probatoria al respecto, bien en un nuevo trámite de alegatos que necesariamente se debería producir de estimar su pretensión anulatoria, vulneraría el principio de igualdad en perjuicio de los restantes licitadores.

El recurrente debió presentar inicialmente un DEUC correctamente cubierto. No siendo así, tuvo una nueva oportunidad de cumplir adecuadamente su obligación en

el plazo concedido al efecto, tras el oportuno requerimiento efectuado por la mesa de contratación. El hecho de no hacerlo no se puede achacar por lo tanto al órgano de contratación, sino a una falta de diligencia del licitador que, como tal, debe asumir las consecuencias de su incumplimiento. Como señala la STJUE de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/10), es el licitador quien debe responsabilizarse de la corrección de su 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”.

En el mismo sentido nos pronunciamos en la anterior Resolución 102/2018 en la que este TACGal ya concluía que:

“Así, admitir que ... pudiera nuevamente enmendar la documentación presentada una vez finalizado el plazo concedido al efecto, y tras incluso la fase de aclaraciones que se le abrió, resultaría contrario a la libre concurrencia y a la necesaria transparencia que debe presidir un procedimiento de licitación pública. No es admisible, en ese sentido, ni una ampliación del plazo, ni una enmienda de lo ya enmendado.”

Y en esa Resolución ya hacíamos referencia a diversa doctrina de los tribunales administrativos en el mismo sentido. Por ejemplo, Resolución 793/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales o la Resolución 301/2018 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía.

No se puede acoger el argumento del recurrente relativo a la defensa del principio de concurrencia. El órgano de contratación ya le dio en su momento al recurrente la posibilidad de enmienda de la documentación presentada, por lo que el incumplimiento de las condiciones de la licitación sólo a él le es imputable, como ya dijimos. En consecuencia, la concesión de nuevas oportunidades para corregir sus propios errores vulneraría gravemente el principio de igualdad que debe regir toda licitación pública.”

Por otra parte, respecto de ese trámite último de subsanación no se nos aporta que el licitador se quisiera remitir a algo más, aparte de lo que aportaba con esa documental en ese momento, por lo que lógicamente el órgano de contratación sólo valoró la documentación efectivamente presentada.

Unamos a esto que aquel listado inicial que se aportara por el licitador era muy genérico, sin identificación concreta de los específicos contratos que se podría estar citando, algo muy sencillo de incorporar de ser esa la intención. Finalmente, incluso respecto de lo que ahora se aporta con el recurso observamos disfunciones en datos, como es que esa documental ahora adjuntada sea referida a un contrato de 2015 lo que en aquel listado aparecería, repetimos que genéricamente, en un año diferente, todo lo cual redundando en la falta de diligencia exigible a un licitador.

Así, baste con señalar para la desestimación que cuando se le pidió la enmienda sólo aporta determinada documental, sin más referencias, sobre la que no se discute su insuficiencia, y, en segundo lugar, que la concreción y detalle de otros contratos nunca se produjo en el procedimiento de licitación a pesar de estar al alcance del licitador de ser esa su intención, siendo oportuno recordar en este punto que la acreditación de la solvencia es un obligación de la responsabilidad del licitador. El hecho de no hacerlo, determina que el recurrente deba asumir las consecuencias de su actuación.

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 resolución de exclusión de su oferta en el lote 17 del procedimiento de licitación del contrato de 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.

