

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES
RESOLUCIÓN 449/2016

Recurso nº 369/2016

Resolución nº 449/2016

En Madrid, a 10 de junio de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por D. F.E.S., en representación de la mercantil LABORATORIO DR. F. ECHEVARNE ANÁLISIS SA, contra la Resolución de la Jefatura Central de Tráfico del Ministerio del Interior, por la que acuerda la adjudicación a la empresa GENERAL LAB SAU del contrato del "Servicio de análisis cuantitativo de drogas y alcohol en muestras de fluido oral y de sangre a conductores", (Expediente 0100DGT027005), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución:

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Por parte de la Dirección General de Tráfico del Ministerio del Interior (en lo sucesivo, la DGT o el órgano de contratación) se convocó, mediante anuncio publicado entre otros medios en el BOE nº 249, del día 17 de octubre de 2015, la licitación para la contratación por procedimiento abierto y tramitación ordinaria anticipada, del servicio de análisis cuantitativo de drogas y alcohol en muestras de fluido oral y de sangre a conductores. El valor estimado del contrato se cifra en 5.236.000 euros y el plazo de ejecución 12 meses susceptible de ser prorrogado por otro plazo igual de 12 meses. El presupuesto base de licitación (sin IVA) es de 2.618.000 euros. Se presentaron y fueron admitidas 5 ofertas.

Segundo. El procedimiento de adjudicación se rige por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre (TRLCSP) y el Real Decreto 817/2009 de 8 de mayo que desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público, tratándose de un contrato de servicios de carácter administrativo y sujeto a regulación armonizada conforme a los artículos 10, 13.1, 16.1. a) y 19.1. a) del TRLCSP.

Tercero. El recurso interpuesto el 10 de mayo de 2016, fue presentado en el Registro de este Tribunal y fue precedido del anuncio previo previsto en el artículo 44.1 del TRLCSP presentado en el propio Registro de la Dirección General de Tráfico previa imposición por correo certificado el día 6 de mayo de 2016.

Cuarto. Se ha remitido al Tribunal el expediente administrativo así como con fecha 23 de mayo de 2016 se ha emitido por el órgano de contratación el informe previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP.

Quinto. La Secretaría del Tribunal comunicó el 19 de mayo de 2016 a los restantes interesados la existencia del recurso conforme a lo dispuesto en el artículo 46.3 del TRLCSP, habiéndose presentado alegaciones tanto por el adjudicatario, SYNLAB DIAGNÓSTICOS GLOBALES SA (antes GENERAL LAB, SAU) como por el licitador UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA (en adelante USC).

Sexto. Interpuesto el recurso, con fecha 19 de mayo de 2016, la Secretaria del Tribunal, en ejercicio de competencias delegadas, dictó resolución por la que se acordaba el mantenimiento de la suspensión del procedimiento de contratación, con carácter cautelar, conforme a lo dispuesto en los artículos 45 y 46 del TRLCSP.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La competencia para conocer de este recurso corresponde a este Tribunal de conformidad con el apartado primero del artículo 41.1 del TRLCSP y en el artículo 22.1.1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC).

Segundo. La recurrente, LABORATORIO DR. F. ECHEVARNE ANÁLISIS SA está legitimada al haber presentado una oferta en la licitación referida por lo que debe reconocerse el derecho o interés legítimo para recurrir previsto en el artículo 42 del TRLCSP.

Tercero. El acto que es objeto de recurso es el acuerdo de adjudicación de la licitación de referencia, por considerar el recurrente, que a pesar de que su oferta fue la tercera mejor valorada, sin embargo el órgano de contratación debió considerar que no procedía adjudicar el contrato ni a la primera, (GENERAL LAB,

SAU) ni a la segunda (USC), pues considera que GENERAL LAB, SAU retiró su oferta al no cumplir el requerimiento de aportación de los medios técnicos y humanos estatuidos en la cláusula 4 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) y a su vez la USC debe ser excluida por no aportar clasificación exigida en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP).

Cuarto. De conformidad con los artículos 40.2.c) y 40.1.b) del TRLCSP el acuerdo de adjudicación de un contrato de servicios de la categoría 25 (servicios de salud) del Anexo II del TRLCSP cuyo valor estimado es superior a 207.000 euros es susceptible de recurrirse mediante el recurso especial en materia de contratación.

Quinto. El recurso cumple todos los requisitos previstos en el artículo 44.4 del TRLCSP. En cuanto al plazo para recurrir, presentado el recurso el 10 de mayo de 2016, en el Registro de este Tribunal y siendo la única fecha de notificación del acuerdo recurrido que consta en el expediente de 22 de abril de 2016, procede concluir que el recurso se interpone en plazo previsto en el artículo 44.2 del TRLCSP.

Para abordar el fondo del asunto, es preciso con carácter previo ordenar cronológicamente la serie de hechos que constan en el expediente remitido a este Tribunal, y así, en primer lugar el 27 de enero de 2016 la mesa de contratación formuló su primera propuesta de adjudicación en la que constaba como oferta más ventajosa la del licitador GENERAL LAB, SAU, con 85 puntos, seguida por la del recurrente, USC, con 81,59 puntos estando en tercer lugar la presentada por el licitador LABORATORIO DR. F. ECHEVARNE ANÁLISIS SA, quien obtuvo 80,77 puntos terminando el listado con dos licitadores más. Dicha propuesta se encontraba acompañada del informe técnico de valoración a modo de motivación de su propuesta.

Como consecuencia de ello, el 28 de enero de 2016 se requiere a GENERAL LAB, SAU, para que en el plazo improrrogable de 10 días aporte la documentación prevista en el PCAP, entre la que se encuentra la documentación justificativa de disponer de los medios comprometidos para adscribir a la ejecución del contrato contemplados en la cláusula 4 del Pliego de Prescripciones Técnicas (en lo sucesivo PPT). Tras diversas aclaraciones o justificaciones de los medios técnicos para la ejecución del contrato, de los que queda constancia en el informe emitido el 15 de febrero de 2016 por la Subdirección Adjunta de Análisis y Vigilancia Estadística, este informe concluye que el licitador requerido no dispone de la certificación ISO 17025 exigida por el PPT, razón por la que debería ser excluido. El licitador sin embargo aportó la ISO 15189:2013, argumentando que era más completa y específica que la ISO 17025 en relación con el objeto del contrato (la primera se aplica a laboratorios de ensayo y calibración en general y la segunda a laboratorios clínicos para muestras biológicas del cuerpo humano). Además el citado informe concluye que GENERAL LAB, SAU, tampoco acredita el requisito establecido en el apartado 4.1.4 del PPT sobre la

experiencia durante cuatro años en al menos dos controles de calidad externos de análisis cuantitativos y cualitativos de drogas y fármacos en muestras de fluido oral.

A partir de este momento, se consideró que el licitador GENERAL LAB, SAU, al no aportar la documentación requerida, retiraba su oferta, por lo que se produjo el 17 de febrero de 2016 una nueva propuesta a favor del segundo mejor valorado: la USC a quien se le notificó esta circunstancia y lógicamente se le requirió para que en el plazo improrrogable de 10 días aporte la documentación prevista en el PCAP.

La mesa de contratación decidió en sesión celebrada el 9 de marzo de 2016 que la documentación aportada por USC era incompleta y de nuevo le requirió para subsanar solicitándole la aportación de la cifra anual de negocios y de los principales servicios realizados, tal como el PCAP exige para acreditar a solvencia económica o financiera y técnica.

La USC contestó el requerimiento el 11 de marzo de 2016 argumentando que conforme al artículo 83.1 de la Ley Orgánica de Universidades, LO 6/2001, no precisa aportar clasificación para acreditar su solvencia económica o financiera y técnica, y cita también la Disposición Adicional 7ª del TRLCSP (que se refiere a los organismos de Investigación, aunque en realidad es la Disposición Adicional 6ª del TRLCSP la que se refiere a los contratos a los que concurren las Universidades), cita que hace para argumentar su equiparación a los efectos del artículo 4.1 q) del TRLCSP, lo que en realidad no viene al caso pues se trata no tanto de los contratos en los que pueden ser adjudicatarios las Universidades y Organismos de Investigación sino de determinados contratos que han de quedar excluidos del ámbito de la aplicación del TRLCSP. Es entonces cuando por parte de la mesa de contratación por medio de la Subdirección Adjunta de Administración Económica el 21 de marzo de 2016 solicita informe a la Abogacía del Estado sobre la argumentación de la USC y la no obligación de acreditar la solvencia por parte del licitador USC.

Un día después, el 22 de marzo, la Vicerrectora de la USC amplía la contestación del Rector sobre la aplicación a la presente licitación de la exención de presentar clasificación por la USC, atendiendo además a la normativa aplicable al expediente de contratación en función de la fecha de publicación del anuncio de la licitación, a pesar de lo cual a mayor abundamiento aporta el presupuesto anual aprobado para el 2016 y las cuentas anuales de 2014 de la Universidad y la relación de los servicios efectuados en los últimos años por el laboratorio de la USC que opta a la adjudicación del contrato finalizando con una solicitud de ampliación del plazo otorgado si se considerase insuficiente la documentación aportada.

Pues bien, la Abogacía del Estado del Ministerio del Interior emite informe el 5 de abril de 2016, poniendo de relieve, al margen de valorar la cuestión planteada sobre la USC, la irregularidad que la mesa de contratación había cometido previamente con la empresa propuesta como adjudicataria por vez primera: GENERAL LAB, SAU, ya que resulta incuestionable que dicha empresa acreditó su solvencia financiera o económica y técnica al haber aportado la clasificación exigida en el PCAP, razón por lo que no resulta conforme a derecho haber considerado retirada su oferta por falta de acreditación de dos de los requisitos exigidos. Así, en primer lugar parece evidente que la certificación de la ISO exigida es errónea al ser más adecuada la aportada por el licitador en relación con el objeto del contrato, y por otra parte el requisito de la experiencia durante cuatro años en al menos dos controles de calidad externos de análisis cuantitativos y cualitativos de drogas y fármacos en muestras de fluido oral, bien se considera embebido en la clasificación bien no es susceptible de ser exigido en el PPT sino más bien en el PCAP, por lo que debe considerarse como una cláusula o requisito no puesto, lo que argumenta con cita de diversas resoluciones de este Tribunal.

Finalmente, el informe de la Abogacía del Estado concluía sobre la cuestión de la USC, que no era aplicable la exención de la clasificación, por no tratarse el contrato licitado de ninguno de los referidos en el artículo 83.1 de la Ley Orgánica 6/2001, y que no procedía la ampliación del plazo solicitada por la USC.

En relación con esta argumentación cabe indicar por este Tribunal que el requisito de la experiencia en la participación en controles de ensayos al que se refiere la cláusula 4.1.4 del PPT, afecta no a la ejecución del contrato, es decir, a los medios personales y técnicos o al método de ejecución, sino a la propia aptitud de la empresa o cualidades técnicas que acreditan su aptitud para la ejecución, es decir afecta realmente a la solvencia, por lo que el momento en que puede ser exigido este requisito no es el momento posterior a la propuesta de adjudicación sino la fase previa a la valoración de las ofertas, es decir a la valoración de los propios licitadores: su capacidad y solvencia técnica. Por esta razón la exigencia de dicho requisito al propuesto como adjudicatario deviene contraria a derecho, máxime cuando la solvencia exigida se ha definido por una determinada clasificación que ha sido debidamente aportada por el licitador.

La comprobación de la solvencia de los licitadores se corresponde con una de las dos fases del procedimiento para la adjudicación de los contratos, de conformidad con el artículo 44 de la Directiva 18/2004. De acuerdo con este precepto, la primera fase tiene por objeto verificar la aptitud de los operadores económicos admitidos al procedimiento de contratación, y se tiene que llevar a cabo por parte de los poderes adjudicadores de conformidad con los criterios de capacidad económica y financiera y de conocimientos o capacidades profesionales o técnicas, y la segunda consiste en la adjudicación del contrato, que debe realizarse basándose en los criterios de adjudicación establecidos.

De conformidad con esta previsión legal, la experiencia de los licitadores es uno de los elementos que se pueden tener en cuenta para evaluar su capacidad para realizar la prestación de que se trate y, por lo tanto, es en la fase de verificación de la aptitud de las empresas, y no en la fase de valoración de las ofertas, en la que se debe tener en cuenta, como así puso de manifiesto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (de ahora en adelante, TJUE), en la Sentencia de 20 de septiembre de 1988 (Asunto C-31/1987, Beentjes), entre otras.

Siguiendo el devenir cronológico de los hechos, la mesa de contratación celebró una nueva reunión el 6 de abril de 2016, en la que se adhirió al informe de la Abogacía del Estado, y acordó proponer de nuevo como adjudicatario a GENERAL LAB, SAU.

Así pues, acto seguido el órgano de contratación notificó al resto de los licitadores la adjudicación realizada a favor de esta última empresa, acompañando a modo de motivación el informe de valoración de todas las ofertas así como la propuesta de adjudicación, documentos en los que no se contenía ninguna mención a los avatares ocurridos con las tres propuestas de adjudicación precedentes.

Expuesto lo anterior, debe analizarse la forma con la que esta decisión se ha producido en el procedimiento de licitación y si ésta tiene alguna trascendencia jurídica además de la solución de fondo a la que conduce.

Para ello, es preciso tener en cuenta que las propuestas de adjudicación pertenecen a la categoría de actos de trámite regulados en el artículo 151.2 del TRLCSP, según el cual:

“2. El órgano de contratación requerirá al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social o autorice al órgano de contratación para obtener de forma directa la acreditación de ello, de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 64.2, y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente. Los correspondientes certificados podrán ser expedidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, salvo que se establezca otra cosa en los pliegos...../.....

De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose en ese caso a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas.”

Como tal acto de trámite se notifica únicamente al propuesto como adjudicatario, al igual que ocurre con otros actos de trámite con destinatario específico, como por ejemplo la subsanación de un requisito, etc, y naturalmente sin perjuicio de que deba quedar constancia de todo ello en el expediente administrativo como garantía de transparencia y para conocimiento de cualquier otro interesado que pueda instar la revisión del procedimiento y de los acuerdos adoptados en él con ocasión de la posible impugnación del acuerdo definitivo de la adjudicación. Para ésta última el artículo 151.4 del TRLCSP dispone:

“4. La adjudicación deberá ser motivada, se notificará a los candidatos o licitadores y, simultáneamente, se publicará en el perfil de contratante.

La notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 40, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación.

En particular expresará los siguientes extremos:

- a) En relación con los candidatos descartados, la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura.
- b) Con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, también en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta.
- c) En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas.

...../.....”

Por tanto, es con la adjudicación el momento en el que el órgano de contratación comunica a todos los licitadores la decisión del procedimiento así como los motivos que le han llevado a dicha decisión, con particular expresión de los contenidos en el citado artículo 151.4 del TRLCSP.

Esto explica que ni la decisión inicial de considerar que GENERAL LAB, SAU había retirado su oferta por no haber aportado todos los documentos que le fueron requeridos, ni la decisión de no adjudicar el contrato a la USC a pesar de haberle notificado la propuesta de adjudicación, ni por último la decisión de retomar la propuesta de adjudicación a GENERAL LAB, SAU, hubieran sido manifestados o notificados con anterioridad a los licitadores concurrentes en el procedimiento.

Ahora bien, el hecho de que desde el punto de vista sustantivo o material se haya resuelto con probable acierto la decisión de la adjudicación a la vista de los argumentos jurídicos que se han expuesto antes, no obsta para que los licitadores deban conocer las razones que han llevado a determinar no solo la puntuación de la oferta de cada uno de ellos (como ocurre con el informe de valoración adjuntado al acuerdo de adjudicación), sino las razones sobre las particulares cuestiones jurídicas que se han planteado durante la decisión de la propuesta de adjudicación y de esta última que han determinado hasta tres propuestas de adjudicación, sin que baste para ello con el hecho de que en el expediente obren los informes y actas que los justifican. Aunque la motivación “in aliunde”, o por referencia a informes técnicos obrantes en el expediente está admitida en nuestro derecho, sin embargo una cosa es este tipo de motivación y otra muy distinta que el acuerdo de adjudicación omita cualquier remisión a los incidentes ocurridos para llegar a la última propuesta de adjudicación y a los informes que sobre ellos han determinado el resultado de dicha adjudicación. Esta omisión causa indefensión, pues priva al interesado de poder interponer el recurso especial que la Ley le atribuye con plenitud de conocimiento de las razones que han influido en el acuerdo definitivo de la adjudicación, y aunque es cierto que en el momento presente pueden ser objeto de conocimiento por los licitadores al formar parte del expediente remitido a este Tribunal no es menos cierto que en el momento de la adjudicación se desconoce si estaban a disposición de los licitadores, quienes como se ha dicho tenían derecho a conocer en ese momento tales incidentes y los motivos de su resolución, es decir con anterioridad a la decisión de interponer el recurso especial que la Ley les confiere con pleno conocimiento de los hechos y fundamentos jurídicos relevantes que han servido de base al acuerdo de adjudicación.

El recurrente adicionalmente pone en duda en relación con la certificación aportada por el adjudicatario, aun siendo distinta de la exigida en el PPT, el hecho de que realmente le pertenezca por estar a nombre de otra empresa, hecho éste que el adjudicatario rebate alegando que la empresa a cuyo nombre se encuentra fue realmente absorbida por medio de escritura pública de fusión con GENERAL LAB SAU, por lo que con la fusión adquirió también las certificaciones, hecho que no ha sido puesto en duda por el órgano de

contratación. La propia mesa de contratación al adherirse al informe de la Abogacía del Estado, consideró aceptable la aceptación de la certificación ISO aportada por el adjudicatario como más precisas en relación con el objeto del contrato, aunque sin aportar al respecto una especial motivación, la cual se echa de menos igualmente en el informe elaborado ad hoc con ocasión de este recurso.

Por otra parte, en cuanto al motivo de impugnación referido a la clasificación exigible en la licitación y la exención de su exigencia a la USC, el examen del expediente pone de relieve que no se ha puesto en duda la exigencia de la clasificación a la que se refiere el propio PCAP, exigible en este procedimiento por tanto, por razones temporales de vigencia a pesar de la reforma que ha supuesto el Real Decreto 773/2015. No obstante lo anterior, los motivos que han llevado a la adjudicación, hacen irrelevante la cuestión jurídica planteada por la USC acerca de la exención de la clasificación, pues de aceptarse aquellos, la propuesta de adjudicación nunca debió realizarse a favor de la USC. En cualquier caso la cuestión planteada se encuentra vinculada con el ámbito al que se refiere el artículo 83.1 de la Ley Orgánica 6/2011, el cual, sin desconocer la normativa de incompatibilidades que afecta al personal docente de las Universidades distingue por una parte los sujetos que pueden concurrir a suscribir contratos, bien sean Grupos de Investigación, Departamentos, Institutos Universitarios, y los Profesores por medio de aquellos o bien de otras organizaciones (como las conocidas como OTRI) es decir creadas para facilitar la iniciativa investigadora y la transferencia del conocimiento y por otra parte los contratos a los que pueden concurrir que define entre otros como contratos para la realización de trabajos de carácter científico, técnico o artístico. Sobre este contenido se pronunció el Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de octubre de 2005 (refiriéndose a precepto similar de la LRU, Ley 11/1983), en un proceso que analizaba la cuestión desde el punto de vista de la defensa de la competencia para concluir que “la asimilación de los trabajos de carácter científico, técnico o artístico con trabajos en el ámbito de la docencia o la investigación que hacen los denunciados, deducida de las funciones que los artículos 8 y 10 de la LR. U. atribuyen a los Departamentos e Institutos Universitarios, supone una interpretación excluyente que no parece corresponderse con el sentido del texto legal.” En consecuencia, cabe considerar que la exención de la clasificación se referiría a ese mismo ámbito que interpretó sin exclusiones el Tribunal Supremo en la sentencia citada.

Por todo lo anterior, VISTOS los preceptos legales de aplicación ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada el día de la fecha **ACUERDA:**

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. F.E.S., en representación de la mercantil LABORATORIO DR. F. ECHEVARNE ANÁLISIS SA, contra la Resolución notificada el 22 de abril de 2016 de la Jefatura Central de Tráfico del Ministerio del Interior, por la que acuerda la adjudicación a la empresa GENERAL LAB SAU del contrato del “Servicio de análisis cuantitativo de drogas y alcohol en muestras de fluido oral y de sangre a conductores”, (Expediente 0100DGT027005), por vulnerar el principio de

transparencia y apreciar falta de motivación en el acuerdo de adjudicación al no incorporar las razones que resuelven las incidencias planteadas en las dos primeras propuestas de adjudicación, debiendo retrotraerse el procedimiento al momento anterior al de la adjudicación con el fin de que ésta incorpore la explicación de la decisión adoptada en relación con los citadas incidencias, desestimando el recurso respecto del resto de las pretensiones formuladas.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 47.4 del TRLCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.