Recurso 383/2022
Resolución 533/2022
Sección Primera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 18 de noviembre de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **PROGENIE MOLECULAR S.L.U.**, contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 30 de agosto de 2022, por el que se excluye a la citada entidad del procedimiento de adjudicación de los **lotes 334** y **342** del «Acuerdo marco de suministro de tracto sucesivo de reactivos, material fungible y cesión de equipamiento principal y auxiliar, así como mantenimiento de sil y equipos para la realización de determinaciones analíticas en los laboratorios de los centros vinculados a la central de compras provincial de Granada» promovido por el Hospital Universitario Virgen de las Nieves (Granada), adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 1213/2021), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 27 de octubre de 2021, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del acuerdo marco indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, el 29 de octubre de 2021, el citado anuncio se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea. El valor estimado del contrato asciende a 67.234.960,19 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

En la sesión de la mesa de contratación de 30 de agosto de 2022, se acordó la exclusión de la entidad PROGENIE MOLECULAR S.LU. del procedimiento de adjudicación de los lotes 334 y 342 del acuerdo marco. No consta que dicho acuerdo se haya notificado formalmente a la empresa licitadora, si bien se publicó en el perfil de contratante el acta de la citada sesión el 22 de septiembre de 2022.

SEGUNDO. El 13 de octubre de 2022, ha tenido entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial interpuesto por PROGENIE MOLECULAR S.L.U. (PROGENIE, en adelante) contra su exclusión del procedimiento de adjudicación de los lotes 334 y 342 del acuerdo marco referido.

La Secretaría de este Tribunal dio traslado del recurso al órgano de contratación, recabándole la documentación necesaria par su tramitación y resolución que, posteriormente, ha sido recibida en esta sede.

El 21 de octubre de 2022, este Tribunal adoptó la medida cautelar de suspensión instada por la entidad recurrente.

Habiéndose conferido trámite de alegaciones a los interesados por plazo de cinco días hábiles con traslado del escrito de recurso, las ha formulado la entidad ROCHE DIAGNOSTICS S.L.U.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la exclusión de una entidad licitadora en el procedimiento de adjudicación de un acuerdo marco de suministro cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) de la LCSP.

En su informe al recurso, el órgano de contratación alega la improcedencia del recurso esgrimiendo que *«La exclusión no le ha sido notificada individualmente a la recurrente, que ha tenido conocimiento de la misma por la publicación de la mencionada acta en el perfil del contratante de la Junta de Andalucía.*

De acuerdo con la doctrina de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales la propuesta de exclusión formulada por la Mesa de Contratación no es susceptible de recurso especial en materia de contratación (...)».

Esta causa de inadmisión esgrimida por el órgano de contratación no puede prosperar. El acto impugnado es la exclusión acordada por la mesa y no una propuesta de exclusión. Además, el hecho de que la exclusión no se haya notificado individualmente a la recurrente, no impide que esta pueda impugnar el citado acto si ha tenido conocimiento del mismo antes de su notificación formal con la adjudicación.

El artículo 50.1 c)de la LCSP admite esta posibilidad al señalar que cuando el recurso se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, el cómputo del plazo para recurrir se iniciará *«a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción»*. De este modo, si la recurrente ha conocido su exclusión a través de la publicación en el perfil del acta de la mesa donde se adoptó dicho acuerdo y antes de la notificación formal del mismo, puede impugnarlo en el plazo de quince días hábiles a partir de la citada publicación, como así ha sucedido en el supuesto examinado.

CUARTO. Plazo de interposición.

El recurso se ha interpuesto en plazo de conformidad con lo estipulado en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto: alegaciones de las partes.

La recurrente impugna el acuerdo de la mesa de contratación que decide su exclusión de la licitación *«por no acreditar su solvencia técnica en los términos requeridos en el apartado 19 del Cuadro Resumen del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares al presentar tres certificados de buena ejecución en el que no consta que se refieran a suministros de igual o similar naturaleza a los que constituyen el objeto del acuerdo Marco.*

La mesa considera que con la documentación aportada no se justifica debidamente el CPV del material suministrado. Asimismo se hace constar que existe contradicción entre lo expresado en la declaración respecto a que todo el material incluido en los certificados son del CPV 33696000-5 y lo indicado en el certificado expedido por el Complejo Asistencial Universitario de Burgos donde se indica que se ha suministrado material médico-quirúrgico (CPV 331000000)».

PROGENIE funda su impugnación en los siguientes argumentos:

1. Para acreditar su solvencia técnica aportó tres certificados de otras entidades del sector público en los términos previstos en el apartado 19.1 del cuadro resumen -que exige indicación del importe, fecha y destinatario del suministro-. Los certificados fueron emitidos por el Hospital Mateu Orfila de Menorca, el Complejo Asistencial Universitario de Burgos y la Organización Sanitaria Integrada de Basurto.

Posteriormente se le formuló un requerimiento genérico de subsanación, sin hacer mención a la necesidad de indicación del CPV en los certificados ni referir ningún otro defecto en los mismos, razón por la que volvió a presentar los certificados iniciales; siendo más tarde cuando se le solicita aclaración en los siguientes términos *«En los tres certificados de buena ejecución acreditativos de su solvencia técnica deberá justificarse que el objeto de los suministros está incluidos en el CPV objeto del expediente, por no constar en los presentados el tipo de artículos al que se refiere».*

En contestación a la aclaración solicitada aportó una declaración responsable y 60 facturas con sus correspondientes albaranes que detallan los suministros efectuados al Hospital Mateu Orfila de Menorca, al Complejo Asistencial de Burgos y al Almacén Central del Hospital de Basurto y en los que figura como concepto *«RealCycler»* y como uso *«Uso para diagnóstico in vitro /Uso exclusivo para investigación In vitro Diagnostic (IVD) use/Research use only (RUO)».* Tal aclaración era la única viable al no ser posible la obtención de nuevos certificados en tres días naturales a contar desde el jueves 25 de agosto, día en que se recibió la notificación a tal efecto.

2. Respecto a la contradicción advertida por la mesa en los CPV, no existe la misma *«por cuanto el CPV del pliego (33696000-5) forma parte integrante del CPV (331000000) que recoge el Certificado del Centro Asistencial Universitario de Burgos.*
Es decir, el CPV 33000000-0, denominado Equipamiento y artículos médicos, farmacéuticos y de higiene personal, es el que detalla el tipo de sector (grupo) del que salen el resto de subgrupos en los que se va clasificando dicho sector, entre ellos el CPV 33696000-5 que recoge el objeto del Acuerdo Marco, "Reactivos y medios de contraste", de lo que resulta el evidente error en el que incurre la Mesa de Contratación (...)».

Sostiene, pues, la recurrente que la exclusión adoptada no es acorde con la doctrina de los tribunales de recursos contractuales y con la de la jurisprudencia, que se muestran contrarias a un excesivo formalismo que conduzca a la inadmisión de las proposiciones por simples defectos formales en detrimento del principio de concurrencia que ha de presidir toda contratación pública. Cita al respecto, una resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. En definitiva, concluye que:

1º) Su solvencia técnica estaba debidamente acreditada con los tres certificados emitidos en los que figura, tal y como exige el apartado 19 del Cuadro Resumen, el importe, fecha y destinatario público de los suministros.

2º) Dio cumplimiento a la solicitud de aclaración interesada por la mesa de contratación al adjuntar la declaración responsable y 60 facturas, con sus correspondientes albaranes, acreditativas del material suministrado a los tres centros sanitarios que certificaron los suministros.

El órgano de contratación se opone a los argumentos del recurso esgrimiendo lo siguiente:

1. La recurrente hace una interpretación errónea de lo establecido en el apartado 19 del cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), pues considera que con la presentación de los certificados de los centros hospitalarios se justifica suficientemente su solvencia técnica, obviando la literalidad del mencionado apartado en el que se exige una declaración de los principales suministros de igual o similar naturaleza al del objeto del acuerdo marco y su acreditación mediante tres certificados de buena ejecución.

2. En ninguna de las tres ocasiones en que se ha requerido a la recurrente la documentación sobre la solvencia técnica, ha presentado la misma de forma correcta:

- En el requerimiento inicial de documentación previa a la adjudicación, la ahora recurrente presentó -como solvencia técnica- los tres certificados de centros hospitalarios y las cuentas anuales de 2020, pero no la relación de principales suministros de igual o similar naturaleza a los que constituyen el objeto del acuerdo marco. Asimismo, en los dos primeros certificados únicamente se aludía a cifras anuales facturadas (sin especificar tipo de material) y en el tercero se hacía referencia a "suministro de material médico-quirúrgico" (CPV 331000000).

- En el plazo de subsanación concedido se le requirió la relación de los suministros a que se refiere el cuadro resumen de PCAP para comprobar que fuesen de la misma o similar naturaleza a los del objeto del acuerdo marco, ya que este carácter no podía deducirse de la información contenida en los certificados. No obstante, la recurrente volvió a presentar los tres certificados aportados anteriormente.

- Finalmente, la mesa de contratación solicitó aclaración a la recurrente para que justificase que el objeto de los suministros estaba incluido en el CPV del acuerdo marco, recibiendo como respuesta (i) una declaración acerca de que los suministros indicados en los tres certificados de buena ejecución corresponden a kits de diagnostico in vitro por PCR a tiempo real, comprendidos dentro del CPV 33696000-5, (ii) así como facturas y albaranes emitidos a los tres centros hospitalarios durante los tres últimos años.

3. La mesa de contratación no ha incurrido en un excesivo formalismo pues, antes de acordar la exclusión, dio a la recurrente la posibilidad de aclarar que los suministros realizados eran similares a los requeridos.

4. PROGENIE hace una incorrecta interpretación del Reglamento (CE) por el que se aprueba el vocabulario común de contratos públicos, ya que el CPV del pliego desciende hasta el nivel de "categoría" y no puede aceptarse que su CPV sea válido por el hecho de formar parte integrante del "grupo", puesto que el objeto del contrato es de mayor concreción.

Finalmente, la entidad interesada en el procedimiento, ROCHE DIAGNOSTICS S.L.U., se opone a los motivos del recurso esgrimiendo que un licitador diligente debía conocer que, para licitar a este contrato, tenía que contar con tres certificados de suministros en los que figurase un CPV cuyos tres primeros dígitos coincidieran con los del objeto del contrato "336". Asimismo, añade que la posición de la mesa no fue formalista, pues le concedió repetidas oportunidades para realizar la acreditación del requisito de solvencia técnica exigido.

SEXTO. Fondo del recurso: consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. La controversia versa sobre la adecuada acreditación de la solvencia técnica requerida en el PCAP por parte de la entidad recurrente; y en particular, sobre si los suministros realizados y acreditados mediante certificados por parte de PROGENIE son de igual o similar naturaleza a los que constituyen el objeto del contrato.

Al respecto, el apartado 19.1 del cuadro resumen del PCAP establece que *«A fin de acreditar la SOLVENCIA TÉCNICA se presentará una relación de los principales suministros realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del Acuerdo marco en el curso de los tres últimos años, en función de la fecha de creación o de inicio de actividades del licitador, en la medida en que se disponga de esa información, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado de los mismos. Los suministros efectuados se acreditarán mediante tres certificados de buena ejecución expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público, y cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario acompañada de los documentos obrantes en poder del mismo que acrediten la realización de la prestación».*

Lo dispuesto en este apartado del cuadro resumen es aplicación de la previsión legal contenida en el artículo 89 de la LCSP relativo a la *«Solvencia técnica en los contratos de suministro».* En concreto, su apartado 1 a) tras prever, como uno de los medios de acreditación de dicha solvencia, la relación de los principales suministros realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en el curso de como máximo los tres últimos años, añade que *«Para determinar que un suministro es de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato, el pliego de cláusulas administrativas particulares podrá acudir además de al CPV, a otros sistemas de clasificación de actividades o productos como el Código normalizado de productos y servicios de las Naciones Unidas (UNSPSC), a la Clasificación central de productos (CPC) o a la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE), que en todo caso deberá garantizar la competencia efectiva para la adjudicación del contrato. En defecto de previsión en el pliego se atenderá a los tres primeros dígitos de los respectivos códigos de la CPV. La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado podrá efectuar recomendaciones para indicar qué códigos de las respectivas clasificaciones se ajustan con mayor precisión a las prestaciones más habituales en la contratación pública»* (el subrayado es nuestro).

Procede, pues, dejar claro desde este momento que el legislador ha previsto, para el caso de omisión en los pliegos, que la igual o similar naturaleza entre los suministros efectuados y los que constituyen el objeto del contrato licitado se acredite atendiendo a **los tres primeros dígitos del CPV** de unos y otros.

Pues bien, en el supuesto examinado, consta que PROGENIE, tras ser requerida para aportar la documentación previa a la adjudicación de los lotes 334 (Hemocromatosis hereditaria: estudio molecular-GC) y 342 (Déficit de alfa-1-antitripsina: estudio molecular-GC), aportó en ambos casos tres certificados:

- Certificado de Osakidetza indicando que la recurrente ha facturado determinadas cantidades durante los años 2016, 2018 y 2020.

- Certificado del Complejo Asistencial Universitario de Burgos indicando que la recurrente ha facturado satisfactoriamente, en concepto de suministro de material médico-quirúrgico (CPV 31000000) en los años 2019, 2020 y 2021 determinado importes.

- Documento emitido por el Hospital Mateu Orfila de Menorca comunicando que la recurrente ha entregado suministros de conformidad y en plazo, por determinados importes en los ejercicios 2019, 2020 y 2021.

Asimismo consta en el expediente que, respecto a la solvencia técnica, fue requerida de subsanación en los siguientes términos: *«A fin de acreditar la SOLVENCIA TÉCNICA en los términos requeridos en el apartado 19.1 del Cuadro Resumen, se presentará una relación de los principales suministros realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del Acuerdo marco en el curso de los tres últimos años, en función de la fecha de creación o de inicio de actividades del licitador, en la medida en que se disponga de esa información, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado de los mismos»*. También consta que PROGENIE, en el plazo concedido, volvió a presentar los mismos certificados.

Por último, tras la solicitud de aclaración solicitada por la mesa de contratación, la recurrente presentó (i) una declaración acerca de que los suministros indicados en los tres certificados de buena ejecución corresponden a kits de diagnostico in vitro por PCR a tiempo real, comprendidos dentro del CPV 33696000-5, (ii) así como facturas y albaranes emitidos a los tres centros hospitalarios durante los tres últimos años.

Pues bien, a la vista de la documentación aportada por la recurrente tras los distintos requerimientos efectuados, parece evidente que la misma no ha acreditado la solvencia técnica en los términos establecidos en el apartado 19.1 del cuadro resumen del PCAP. Así, tras el primer requerimiento de documentación (i) no presentó la relación de principales suministros realizados de igual o similar naturaleza a los del objeto del acuerdo marco y (ii) los tres certificados de suministros realizados tampoco permitían constatar que se tratase de bienes iguales o similares a los del objeto del acuerdo marco.

En la solicitud de subsanación, se le pidió la relación de principales suministros y no fue aportada, remitiéndose otra vez los mismos certificados y en fase de aclaración posterior, la recurrente emitió una declaración responsable señalando que *«los suministros indicados en los tres certificados de buena ejecución corresponden a kits de diagnóstico in vitro por PCR a tiempo real, comprendidos dentro del CPV 33696000-5»*, adjuntando facturas emitidas a los centros sanitarios certificadores donde se describe el producto facturado y sus usos. No obstante, tal declaración de la recurrente en cuanto a que los suministros de los tres certificados están comprendidos en el CPV del acuerdo marco **33696000-5** (reactivos y medios de contraste) no coincide con el único CPV reflejado en uno de los certificados emitidos que es el **331000000** (material médico-quirúrgico), cuyos tres primeros dígitos (**331**) no coinciden con los del CPV del acuerdo marco (**336**), no pudiéndose apreciar la igual o similar naturaleza en los términos que establece el artículo 89.1 de la LCSP.

Ciertamente, se ha de indicar que los requerimientos de subsanación y aclaración formulados a la recurrente tampoco fueron excesivamente precisos. En particular, en la aclaración se pedía a PROGENIE que justificase que el CPV de los suministros incluidos en los certificados era el mismo que el recogido en el pliegos, pero no se concretaba si para acreditar tal extremo se exigía la aportación de certificados complementarios de los centros sanitarios emisores de los inicialmente presentados o bastaba la mera declaración de la recurrente o podía acudirse a albaranes o facturas que permitieran verificar dicha coincidencia.

Así pues, ante esta petición de aclaración y en el breve plazo concedido a tal fin, este Tribunal considera que la declaración responsable de la recurrente junto a las facturas y albaranes hubiesen podido valorarse y, en su caso, admitirse como un modo de acreditar la igual o similar naturaleza de los suministros, si no fuera porque la declaración responsable de PROGENIE respecto a los tres certificados presentados no coincidía en el CPV indicado con el que figuraba en uno de los certificados (ni siquiera en los tres primeros dígitos como ya hemos señalado). Es decir, aun en la hipótesis teórica de admitir la declaración responsable con las facturas y albaranes como medio adecuado de subsanación, tampoco la recurrente habría acreditado el requisito mínimo de solvencia técnica exigido en el PCAP al no coincidir el CPV que figuraba en uno de los certificados aportados con el de la declaración emitida por la propia licitadora.

Por tanto, como quiera que, en caso de divergencia o contradicción, debe prevalecer el certificado de un ente del sector público sobre la declaración personal del licitador, hemos de concluir que el CPV del certificado del Complejo Asistencial Universitario de Burgos no es válido a los efectos de demostrar la igual o similar naturaleza del suministro certificado con el del objeto del acuerdo marco, no cumpliéndose por tanto el requisito mínimo de tres certificados de suministros efectuados de igual o similar naturaleza, como así exigía el apartado 19.1 del cuadro resumen del PCAP.

Sobre la base de lo anterior, la exclusión acordada fue ajustada a derecho y el recurso debe ser desestimado.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **PROGENIE MOLECULAR S.L.U.**, contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 30 de agosto de 2022, por el que se excluye a la citada entidad del procedimiento de adjudicación de los **lotes 334** y **342** del «Acuerdo marco de suministro de tracto sucesivo de reactivos, material fungible y cesión de equipamiento principal y auxiliar, así como mantenimiento de sil y equipos para la realización de determinaciones analíticas en los laboratorios de los centros vinculados a la central de compras provincial de Granada» promovido por el Hospital Universitario Virgen de las Nieves (Granada), adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 1213/2021)

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal mediante la Resolución de 21 de octubre de 2022.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.